Sentencia T-404/21

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Improcedencia cuando el juez de tutela no tiene la certeza de la configuración de un contrato realidad

(...) aun cuando las condiciones particulares del accionante, dada su situación de migrante irregular, con escasos de recursos, responsable de un hogar y padre de una niña recién nacida, hubiesen podido ser analizados para efectos de determinar la eficacia del medio ordinario de defensa judicial, lo cierto es que de los medios probatorios que constan en el expediente no es posible acreditar que se está en presencia de una relación laboral, y ello impide al juez de tutela pronunciarse de fondo sobre la materia, pues no puede disponer sobre derechos inciertos y discutibles, cuya definición le corresponde asumir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

CRISIS HUMANITARIA POR LA MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Contexto

MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Acciones del Estado Colombiano para enfrentar crisis humanitaria

DERECHO AL TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL-Contexto del trabajador migrante en situación regular o irregular

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Aseguramiento y acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de Migrantes en situación irregular

REGIMEN MIGRATORIO EN COLOMBIA-Generalidades/POLITICA MIGRATORIA DEL ESTADO COLOMBIANO-Regulación

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Mecanismos ordinarios u obligatorios para regularizar la residencia en el país de migrantes en situación irregular

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Mecanismos extraordinarios o transitorios para regularizar la residencia en el país de migrantes en situación irregular

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Tarjeta de movilidad fronteriza

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Registro Único de Migrantes Venezolanos-RUMV

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Permiso por Protección Temporal-PPT

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establece la Constitución o la ley

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES (CRMW)-Reconocimiento de derechos humanos fundamentales a los trabajadores migratorios

DERECHO AL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad del Estado en contratación laboral de migrantes irregulares

DERECHO AL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad de particulares en contratación laboral de migrantes irregulares

(...) los particulares que contraten a migrantes irregulares asumen la garantía integral de todos los derechos, prestaciones y acreencias laborales y de la seguridad social que se prevén en el ordenamiento jurídico... se subrogan en las obligaciones y riesgos propios del Sistema de Seguridad Social, particularmente en materia de salud y riesgos laborales.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES Y SOLICITAR LA DECLARATORIA DEL CONTRATO REALIDAD-Procedencia excepcional

CONTRATO REALIDAD-Determinación de sus elementos no corresponde al juez de tutela pero excepcionalmente puede hacerlo

DERECHO A LA SALUD-Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

(...) no se advierte que estén dadas las condiciones para otorgar un amparo extra petita del derecho a la salud, en lo que atañe a la cobertura de protección que se brinda a la población migrante irregular, pues, sin entrar a considerar la gravedad o no de la lesión sufrida, el quebranto que padece el (accionante) no se ajusta al concepto de atención de urgencias.

Referencia: Expediente T-7.421.275

Acción de tutela instaurada por Edwin Rafael Aponte Tuarez, contra Crisanto Páez Vargas

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado 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

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos el 29 de marzo de 2019 por el Juzgado 30 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. (primera instancia), y el 2 de mayo del año en cita por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad (segunda instancia).

I. ANTECEDENTES

A. DEMANDA DE TUTELA

1. El señor Edwin Rafael Aponte Tuarez instauró acción de tutela el 15 de marzo de 2019 contra el señor Crisanto Páez Vargas, como presunto propietario de un establecimiento de comercio que desarrolla labores de ferretería, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos a la vida digna, al mínimo vital, a la estabilidad laboral y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el demandado, al negarse a permitir su reintegro al trabajo, al no reconocer y pagar sus derechos laborales, y al omitir el cumplimiento de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social¹.

A. HECHOS RELEVANTES

Aclaración previa

1. Para comenzar, la Corte debe poner de presente que las partes de este proceso relatan hechos distintos y contradictorios entre sí, por lo que, en este acápite, únicamente se hará referencia a las afirmaciones realizadas por el actor. Luego, en la sección destinada a la respuesta de la acción de tutela, se expondrán los argumentos de contradicción y oposición que se manifiestan por la parte demandada. Y, por último, dicha información -en lo posible- será contrastada con la descripción de las pruebas recaudadas por la Corte, en el aparte referente a las actuaciones surtidas en sede de revisión.

Descripción de los hechos realizados por la parte demandante

1. El actor afirma que ingresó a “laborar al servicio del señor Crisanto Páez Vargas, en el cargo de oficios varios[,] el 22 de noviembre del año 2018, con un contrato de trabajo verbal, con el salario de \$ 840.000”². En concreto, señaló que sus servicios a favor del demandado se prestaron en el establecimiento de comercio denominado Depósito de Materiales Páez Vargas (en adelante “Depósito PV”) y consistían, básicamente, en cargar y descargar materiales, servir de domiciliario y realizar actividades de aseo.

1. Sostiene que al momento de iniciar sus labores no le realizaron examen médico, pues se encontraba en condiciones óptimas de salud. Sin embargo, el día 6 de marzo de 2019 sufrió un accidente cargando el camión del depósito, al caer del vehículo al piso, ocasionándose una fractura en su mano derecha.

1. Según el accionante, el hijo del señor Páez Vargas (que lo identifica como Jenrry Páez³)

constató lo ocurrido y lo transportó al servicio de urgencias del Hospital Santa Clara. Allí le prestaron atención en salud y le inmovilizaron la mano con una férula. A pesar de ello, el médico tratante le manifestó que debía someterse a una intervención quirúrgica.

1. En su relato, asevera que su acompañante le dijo que no era necesaria la cirugía y que lo mejor era retirarse del Hospital. Por eso, en su lugar, Jenrry Páez procedió a solicitar la orden de salida y no pudo seguir siendo atendido.

1. El 9 de marzo de 2019 acudió a las instalaciones del depósito y solicitó el pago de su incapacidad médica, pues no se encontraba afiliado a la seguridad social. El señor Crisanto Páez, según afirma, le dijo que no era posible efectuar dicho pago, pero que, si él quería, le ayudaba con 50.000 pesos.

1. Sin precisar una fecha, relata que Jenrry Páez lo llevó al consultorio de un sobandero, en donde le “estiran el dedo y proceden a colocarle un yeso, sin tomar los exámenes pertinentes para el caso”⁴.

1. Entre los hechos descritos, sin que se especifique el momento en que ocurrieron, refiere a una presunta insistencia del señor Crisanto Páez en darle la suma de 50.000 pesos. A lo cual agrega que le solicitó el reembolso de lo pagado en el Hospital y los gastos del sobandero. Dice que frente a ello guardó silencio.

1. A la fecha de interposición de la acción de tutela (15 de marzo de 2019), el actor destaca que (i) se encuentra sin cobertura en el Sistema Integral de Seguridad Social; (ii) inmovilizado de su mano derecha y sin poderse vincular a otro trabajo por su afectación en salud; y (iii) esperando el pago por concepto de incapacidades médicas. En adición a lo anterior, señala que su esposa se encuentra en estado de gestación (7 meses), que vino desde Venezuela para mejorar sus condiciones de vida y que su único soporte económico era el ingreso que recibía por la prestación de sus servicios.

1. Como consecuencia de lo anterior, pide que se tutelen sus derechos a la vida digna, al mínimo vital, a la estabilidad laboral y a la seguridad social, y se ordene, como medidas de restablecimiento, lo siguiente:

“[1] Se ordene al señor Crisanto Páez Vargas me REINTEGRE al trabajo, en el cargo que estaba desempeñando al momento de mi desvinculación o a uno superior y bajo las mismas condiciones económicas.

[2] Se ordene al señor Crisanto Páez Vargas el pago de los salarios dejados de pagar hasta mi reintegro.

[3] Se ordene al señor Crisanto Páez Vargas el reconocimiento y pago de mis derechos laborales y se realice los aportes al sistema general de seguridad social integral SALUD, PENSIÓN Y RIESGOS PROFESIONALES.

[4] Solicito se ordene al señor Crisanto Páez Vargas el pago de las incapacidades médicas que se originen desde el día de mi accidente y hasta que un médico le ordene en razón a que a la fecha no he recibido suma alguna por este concepto”5.

1. Finalmente, aporta los siguientes elementos de prueba: (i) la cédula de identidad de la República Bolivariana de Venezuela, en la que consta que nació el 17 de junio de 19936; y (ii) una tarjeta del Depósito PV, en la que no aparece su nombre, ni el de ninguna otra persona, sino tan solo la referencia al citado establecimiento, su ubicación, la descripción de los productos que se pueden adquirir, los datos de contacto, y la manifestación de que presta los servicios de volqueta y de despacho a domicilio7.

1. En auto del 15 de marzo de 2019, el Juzgado 30 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá admitió la tutela, ordenó la vinculación de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y del Ministerio del Trabajo, y corrió traslado de la demanda por el término de 48 horas, con el fin de que la parte demandada y las entidades vinculadas se pronunciaran sobre la materia objeto de controversia.

A. RESPUESTA DE LA PARTE DEMANDADA

1. El 26 de marzo de 2019, el señor Crisanto Páez Vargas y la señora Rosa del Carmen Vargas de Páez, esta última invocando la condición de propietaria del establecimiento de comercio Ferretería Páez Vargas, dieron respuesta a los hechos y pretensiones contenidos en el escrito de tutela8. Frente a los hechos de la demanda, se realizan las siguientes apreciaciones: (i) es falso que el señor Aponte Tuarez haya prestado servicios laborales al accionado o a la ferretería y, por lo mismo, que haya percibido algún tipo de salario; (ii) el establecimiento de comercio conoce el régimen laboral colombiano y sabe que no es posible realizar la vinculación de una persona que se encuentra indocumentada; (iii) lo que realmente existió, según afirman, fue la entrega esporádica de una ayuda económica -como acto humanitario y de solidaridad- tanto con él como con su familia, para que pudiesen suplir sus necesidades más básicas, “(...) situación que se presentaba gracias al aprecio y compasión que se le tenía al accionante, y es que si bien se le ofreció una colaboración económica, lejos se estaba de imaginar que el señor (...) Aponte Tuarez tergiversara esa situación y quisiera buscar el aprovecharse de las personas que en un momento difícil de su

vida, le tendieron la mano con una ayuda económica, para querer convertirla en una relación laboral”9.

1. Se insiste en que tan solo se otorgaba una ayuda económica, por la difícil situación por la que atravesaba, por sus historias de vida y por la confianza que logró de los señores Crisanto Páez Vargas y Rosa Vargas de Páez, “(...) y como retribución aquel manifestaba que debía hacer algo a cambio, por lo que se ofrecía a efectuar esporádicamente tareas varias las cuales no requerían de mayor complejidad, resaltando (...) que no era todos los días, pues la situación económica de la ferretería no ameritaba la contratación de una persona para oficios varios, además que el accionante en ciertas oportunidades no se hacía presente en sus instalaciones, llegando incluso a pensar que no volvería, sumado al hecho de que entre el 15 al 25 de enero de 2019 este permaneció cerrado (...), por lo que la presencia del accionante no era de ninguna manera constante. // Ha de señalarse que [el actor] buscaba agradar a las personas y demostrar una actitud de persona trabajadora y responsable en busca de brindar algún sustento a su familia para así obtener ayudas económicas y favores especiales al despertar simpatía y agrado en las personas de buena voluntad”10.

1. Particularmente, afirman que es cierto que el actor sufrió un accidente el 6 de marzo de 2019, pero que ello ocurrió dentro de los actos de colaboración que se ofrecía a realizar, como retribución por las acciones de solidaridad efectuadas a su favor. En línea con lo anterior, confirman que el señor Jenrry Páez lo acompañó al Hospital, pero como “(...) reacción humanitaria, más no en aptitud de compañero de trabajo, ni mucho menos como responsable por parte del establecimiento comercial”11. Sostienen que este último no se quedó en el centro de salud, ya que regresó inmediatamente a su trabajo en la ferretería.

1. Aun cuando el señor Jenrry Páez retorno luego al Hospital, es falso que hubiese controvertido la orden médica dada, como también es falaz señalar que el haya dispuesto su salida del sitio de atención. Por el contrario, dicen aclarar “(...) que fue el propio accionante quien de manera voluntaria expresó su intención de salir del hospital y así efectivamente lo hizo, argumentándolo de forma libre y basado en su propia percepción de dolor manejable con medicamentos, además señaló que su esposa se encontraba en estado de gestación y que él vivía en el barrio Toberín, por lo que a ella se le dificultaría desplazarse desde su residencia hasta el Hospital Santa Clara, motivo por el cual prefería irse para el Hospital Simón Bolívar, para que allí le prestaran los servicios de salud y quedar más cerca a su casa”12.

1. En el escrito de oposición se señala que es cierto que el actor se presentó el día 9 de marzo a solicitar el pago de incapacidades, pero es falso que se le haya ofrecido la suma de 50.000 pesos. Textualmente, se dice que: “Nunca se le ofreció una suma determinada, ni una periodicidad para la ayuda económica y mucho menos se habló del pago de una incapacidad, ya que no constituye una obligación de ninguna índole el ayudarlo económicamente a una persona y se recalca que no existió vínculo laboral alguno”13.

1. En lo referente al episodio del sobandero, se da a entender que sí se le insinuó acudir a un lugar donde prestan ese servicio, pero que ello ocurrió dentro del mismo escenario descrito y como manifestación del propio accionante de que su lesión no era de gravedad, pues dijo “que solo le habían suministrado medicamentos para el manejo del dolor”¹⁴. Pero, afirman, nunca se incurrió en ningún tipo de presión y no es cierto “(...) que el señor [Jenrry] Páez hubiera insistido en ello y menos aún que se atreviera a efectuar valoraciones médicas sin tener los conocimientos profesionales para ello”¹⁵.

1. Sobre la afiliación que se reclama al Sistema de Seguridad Social se señala que no se llevó a cabo, por la circunstancia ya explicada de que no existió vínculo laboral. También se niega que se le hayan cobrado los gastos médicos y lo del sobandero, y que ello es una manifestación de “retaliación”, porque no se accedió a reconocerle incapacidades y a admitir la existencia de un contrato.

1. Con fundamento en lo anterior, se plantean las siguientes excepciones: (i) desconocimiento del principio de subsidiariedad, pues la discusión que el actor propone debe ser sometida al conocimiento del juez laboral, ya que por tutela no se puede agotar el amplio debate probatorio implícito en esta controversia; (ii) falta de material probatorio, toda vez que la acción solo cuenta con el dicho y los reparos subjetivos del accionante, ya que no se aportó con su actuación ni siquiera una prueba sumaria “que permita establecer que efectivamente haya prestado sus servicios personales, bajo la modalidad de contrato de trabajo”¹⁶; (iii) sujeción de la actuación al principio de solidaridad, en la medida en que las acciones de la familia Páez Vargas se dieron únicamente en el contexto de brindar una ayuda humanitaria a una persona que se vio obligada a migrar de su país, actuando “con compasión y hasta con un sentimiento de afecto que se llegó a sentir por él”¹⁷; y (iv) falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el señor Crisanto Páez Espitia no es el dueño ni representante legal del establecimiento del cual se reclama la existencia del vínculo laboral y, además, porque su nombre comercial no corresponde a Depósito PV sino a Ferretería Páez Vargas¹⁸.

A. RESPUESTA DE LOS TERCEROS VINCULADOS

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)¹⁹

1. El 21 de marzo de 2019²⁰, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) solicitó declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que dicha entidad no es ni fue empleador del accionante, por lo que resulta innegable que no ha realizado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos

fundamentales invocados por este último.

Ministerio del Trabajo

1. Según se advierte en el expediente, en cumplimiento del auto del 15 de marzo de 2019, se comunicó la demanda de tutela al Ministerio de Trabajo mediante oficio No. 0386 del mismo día²¹. No obstante, la sentencia de primera instancia no reseñó el contenido del escrito enviado por la entidad vinculada, pues se limitó a expresar que “presentó el informe requerido por este Despacho el 14 de enero del año en curso, manifestando en síntesis lo siguiente:”²²; frase que no continúa desarrollándose. Por su parte, el juez de segunda instancia no mencionó nada al respecto²³.

1. Por lo anterior, mediante auto del 8 de agosto de 2019, el Magistrado sustanciador ordenó oficiar al Ministerio del Trabajo para que informara o certificara al despacho “[s]i se pronunció sobre la demanda de tutela instaurada por el señor (...) Aponte Tuarez (...) y si tiene en su poder la respectiva copia con sello de constancia de recibido”²⁴.

1. Frente a este requerimiento, el Ministerio afirmó haber dado respuesta oportuna a la acción de tutela y adjuntó el respectivo documento²⁵, pero sin constancia de envío. A pesar de las dudas que existen sobre si la citada entidad respondió en tiempo la demanda, se resumirá el contenido de su intervención, en el entendido que el juicio de tutela se rige por los principios de publicidad y prevalencia del derecho sustancial²⁶.

1. En particular, el Ministerio alega, por una parte, que la acción de tutela es improcedente en su contra por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que frente a los hechos alegados no existe obligación o responsabilidad de su parte, y tampoco ha vulnerado o puesto en peligro derecho fundamental alguno del accionante. Y, por la otra, pese a realizar algunas consideraciones sobre la estabilidad laboral reforzada y la subsidiariedad de la tutela en materia laboral, explica que, por razón de sus funciones como autoridad de policía administrativa, “le está vedado el pronunciamiento de juicios de valor para declarar derechos de las partes o dirimir controversias, función que es netamente judicial”²⁷.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia: Sentencia del Juzgado 30 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá²⁸

1. El 29 de marzo de 2019, el Juzgado 30 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. profirió sentencia mediante la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela propuesta por el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, al considerar que incumple el requisito de subsidiariedad. Los argumentos expuestos -que se resumirán a continuación- se agrupan en tres.

1. En primer lugar, se afirma en varias oportunidades que no está probado que el accionante hubiese tenido una relación laboral con el accionado, al igual que tampoco están acreditadas las condiciones en que aparentemente prestó sus servicios. Lo único en lo que se advierte la existencia de una coincidencia entre las partes, es en la circunstancia de que “el [actor] sufrió un accidente mientras cargaba un camión[,] (...) que guarda relación con el establecimiento de comercio”²⁹ reseñado en la demanda, esto es, el Depósito PV.

1. En segundo lugar, al no estar acreditada la existencia de un vínculo laboral, mal podría el juez de tutela reemplazar las instancias, trámites y términos que se consagran en el ordenamiento jurídico, para que una controversia de orden legal sea definida por su juez natural, esto es, la jurisdicción ordinaria laboral. El actor cuenta entonces con la posibilidad de recurrir a un procedimiento idóneo y efectivo, en el que se le otorgan amplias oportunidades para ser escuchado y en el que cabe solicitar, desde el inicio, el otorgamiento de medidas cautelares para asegurar el reconocimiento de sus derechos. En línea con lo anterior, reitera que “al no estar demostrada la relación laboral, no puede el despacho entrar a analizar si hubo una terminación de [la misma] (...) [y] (...) mucho menos [juzgar] si para el momento en que habría de darse la supuesta terminación[,] el accionante contaba con alguna incapacidad, especialmente cuando (...) señala que no se encuentra afiliado a ningún tipo de seguridad social en el país”³⁰.

1. En tercer y último lugar, el juez de instancia descarta la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez “que no existe prueba ni elemento de juicio fundado que acredite, válidamente, la presencia de una situación de esa precisa naturaleza, ni las condiciones de gravedad, inminencia y urgencia que lo caracterizan”³¹. Por lo demás, sostiene que no se aportan pruebas que acrediten las afectaciones alegadas en su salud.

2. Impugnación

1. Frente a su salida del Hospital Santa Clara, (iv) afirma que no se produjo de forma voluntaria, “pues no se me hizo firmar ningún tipo de documento ya que mi mano derecha, mano con la que escribo estaba inmovilizada (...), así es que si reposa firma de mi salida en la historia clínica esa firma no corresponde a la mía, [pues] no estaba en condiciones de tomar ni siquiera un lapicero en mi mano”³².

1. A lo anterior añade que (v) no ha tenido acceso al servicio de salud, y que por su precaria situación no cuenta con recursos económicos para costear un médico particular. Manifiesta que (vi) actualmente su mano está sin movilidad, por lo que no ha podido conseguir otro trabajo, pues si le realizan exámenes será rechazado por encontrarse enfermo. Finalmente, (vii) reitera que no tiene ingresos y que su esposa está en estado de embarazo.

1. Con fundamento en lo anterior, solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia y que se declare procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo a sus derechos fundamentales³³; y que, como consecuencia de ello, se proteja su derecho a la estabilidad laboral reforzada, se ordene el reintegro a sus labores, se disponga la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social y se reconozcan los gastos médicos e incapacidades hasta que así lo requiera.

3. Segunda instancia: sentencia del Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento³⁴

1. En fallo proferido el 2 de mayo de 2019, el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento confirmó integralmente la sentencia de primera instancia, al advertir que “no obra prueba alguna que demuestre que existió una vinculación laboral (...) ni (...) órdenes y prescripciones médicas que den cuenta del estado de salud del quejoso, como para brindar un amparo transitorio. Además, debe tenerse en cuenta que el mismo accionante [ratifica] la falta de autorización para laborar en Colombia, (...) lo que le impide desarrollar sus funciones, bajo es[a] prima sus aseveraciones son simple especulaciones que no cuentan con respaldo probatorio”³⁵.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. En auto del 8 de agosto de 2019³⁶, el Magistrado sustanciador requirió información relacionada con la causa e invitó a pronunciarse sobre la misma a Migración Colombia; a los Ministerios del Trabajo, de Relaciones Exteriores, y de Salud y Protección Social; a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E (antiguo Hospital Santa Clara); a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E (antes, Hospital Simón Bolívar); a los señores Edwin Rafael Aponte Tuarez, Crisanto Páez Hernández y Rosa del Carmen Vargas; a la Procuraduría General de la Nación; a los observatorios sociales y de migración de las universidades de los Andes, Externado de Colombia, del Rosario y del Norte; y a las siguientes organizaciones: Observatorio Migratorio del Caribe de Proyectos Semana, Probarranquilla, Fundesarrollo, Cedetrabajo, la Escuela Nacional Sindical (ENS) y a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI).

1. La información solicitada en mencionada providencia se puede agrupar en dos grandes ejes temáticos, por una parte, se cuestionó sobre (a) la situación personal, económica, social, migratoria y de salud del accionante; (b) sobre la actividad económica desarrollada en el Depósito PV; y (c) sobre el accidente ocurrido; y por la otra, se planteó la obtención de datos vinculados con aspectos contextuales y normativos del fenómeno de la migración; la crisis humanitaria de personas provenientes de Venezuela; los permisos laborales para el desarrollo de un trabajo; y las quejas administrativas relacionadas con los migrantes.

1. En esta sección de la sentencia se abordará el primero de los citados ejes temáticos, mientras que el segundo será objeto de reflexión en la parte motiva de esta providencia, a partir del resumen que sobre las intervenciones se realiza y que se encuentra como anexo, el cual se identifica con el título: Intervenciones en aspectos conceptuales y normativos generales de la migración Venezuela - Colombia.

Elementos de prueba relacionados con la controversia sometida a decisión

Información otorgada por el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez³⁷

1. Con ocasión de las preguntas formuladas por la Corte, el señor Aponte Tuarez destaca que migró a Colombia por la situación de su país y porque su compañera permanente se encontraba en embarazo. Sostiene que su núcleo familiar se complementa, además, con una hija de tres meses. Desde el punto económico, no es beneficiario de ningún tipo de ayuda humanitaria y no tiene un ingreso fijo porque carece de un trabajo estable. Destaca que vive en arriendo en una habitación por valor de \$ 200.000 pesos, en estrato 3. En cuanto a su compañera, señala que no trabaja por estar al cuidado de la niña y que está “un poco débil [por] sufrir dolores de cabeza[,] porque no se alimenta bien[,] por la situación [de] que no tenemos un trabajo estable”³⁸.

1. Respecto de su salud, dice que se encuentra “un poco mal porque el brazo derecho me duele cada vez que hago una fuerza brutal y [a través] de ese dolor me dan dolores de cabeza”. Adicionalmente, afirma que no ha tenido ningún tipo de atención médica.

1. En lo relativo a la acreditación de la vinculación laboral, y de una prueba que constate el salario recibido, declara lo siguiente: “No tengo ningún recibo de pago porque cuando ellos me pagaban no me daban ningún recibo ni nada para firmar. // El horario de trabajo era de 8 a.m. a 6 p.m. de lunes a sábados incluyendo festivos. // Trabajaba en el almacén cargando y descargando mercancías, atendía el negocio y hacia a domicilio”³⁹. Por último, pone de presente que el día del accidente no contaba con ningún elemento de seguridad.

Información suministrada por los señores Crisanto Páez Espitia y Rosa del Carmen Vargas de Páez⁴⁰

1. En respuesta al requerimiento formulado por la Corte, se destacan los siguientes apartes de la información otorgada por los señores Páez Espitia y Vargas de Páez, a saber: (i) el Depósito PV se dedica al comercio al por menor de artículos de ferretería e inició sus labores desde el 6 de enero de 1994; (ii) manifiestan que no cuentan con trabajadores, pues se trata de un negocio familiar, las personas que laboran allí son: el señor Crisanto Páez de 83 años, la señora Rosa del Carmen Vargas de 76, y sus hijos Omar Andrés Páez Vargas y Jenry Yesmin Páez Vargas. Estos últimos cumplen las funciones de atender al público, recibir los materiales y distribuirlos a los clientes, así mismo llevan a cabo labores administrativas, como pagar a proveedores. (iii) Sostienen que los ingresos del negocio no son mayores, por lo cual solo se paga la seguridad social a los hijos Páez Vargas, mientras sus padres se hallan como beneficiarios. Lo anterior consta en certificación de Famisanar E.P.S. del 18 de agosto de 2019, en donde ambos aparecen en dicha calidad, en condición activa y con vigencia desde el 1° de abril de 2017⁴¹.

1. En cuanto a la relación existente con el señor Aponte Tuarez, se señala lo siguiente: (iv) él se acercó a las instalaciones del depósito manifestando que un familiar lo había recomendado, y que dicho pariente (de quien se desconoce el nombre) pertenecía a una obra de construcción en donde en alguna oportunidad se habían entregado unos materiales. A pesar de solicitar trabajo a finales de noviembre de 2018, ello le fue negado por no contar con documentos legales para poder prestar sus servicios en el país. Luego de poner de presente su difícil situación y el estado de embarazo de su compañera, los señores Crisanto Páez y Rosa del Carmen Vargas se conmovieron en el corazón, “(...) porque quien más, que personas de la tercera edad de 83 y 76 años, [para entender] lo que es iniciar una familia sin trabajo, sin dinero, pues el capital que ellos formaron, no fue una tarea fácil y se presentaron situaciones similares más no iguales a las expuestas por el accionante en sus conversaciones, por lo que se les brindó la ayuda humanitaria expuesta en la contestación de la acción de tutela”⁴².

1. Al comienzo la señora Rosa del Carmen le ofrecía alimentación y una que otra vez le facilitó una suma de dinero para que pudiera llevar a su hogar. No obstante, nunca se trató de un valor fijo y menos constante, “si bien en unas oportunidades se le llegó a entregar 30.000 pesos, ello no fue un salario, que fue la situación que malenten[dió] el accionante al considerar que ello correspondía a una remuneración”⁴³. A pesar de la insistencia en que se le ofreciera un trabajo, situación que alcanzó a ser contemplada, siempre se le aclaró que ello no ocurriría hasta que legalizara sus papeles de trabajo. De todos modos, el actor logró obtener cierto aprecio por parte de la familia, y se le entregó dinero en calidad de préstamo, supuestamente para legalizar su situación. De su propia iniciativa surgió la idea de que se le permitiera pagar dejándolo realizar alguna actividad, “por lo que eventualmente él (...) tomaba una escoba y barría el establecimiento, efectuaba labores de aseo en el área del patio, lavado de baños, el frente del local, o simplemente ofrecía su ayuda de manera insistente, no obstante no se hacía uso de su fuerza de trabajo como quiera que por ser

ventas al por menor no era necesario”44. Se insiste en que las entregas de dinero nunca fueron constantes, “pues el señor Aponte Tuarez no hacia presencia diaria en el establecimiento de comercio, como quiera que iba una, dos o máximo tres veces a la semana, en oportunidades no asistía en toda la semana, y en [otras] (...) pasaron semanas enteras en que no hacia presencia por el lugar, pues él debía ejercer alguna otra labor, en algún otro sitio para su diario vivir, reiterando que en varias oportunidades que se presentó en el depósito, así como se le ayudó, también se le dio respuesta negativa”45.

1. En lo atinente al vehículo en el que ocurrió el accidente y las medidas de seguridad adoptadas, (v) se sostiene que el mismo es de propiedad de la señora Rosa del Carmen Vargas y que cuenta con seguro obligatorio46. Frente a lo sucedido el día 6 de marzo de 2019, relatan lo siguiente: “se encontraban cargando el vehículo (...) los señores Jenrry Yesmin Páez Vargas y Omar Andrés Páez Vargas, sin embargo, el primero de los nombrados descendió (...) para atender un cliente[,] momento en el cual, el accionante[,] en aras de ser útil, tomó la iniciativa de subirse al vehículo para brindar sus servicios, sin embargo, minutos después los señores Jenrry Yesmin Páez Vargas y Omar Andrés Páez Vargas, decidieron tomar un receso y efectuar la compra de tres tintos, uno para cada uno, incluyendo el accionante, momento en el cual, al moverse para tomar el tinto que se le ofreció, dio un paso en falso cayendo del vehículo”47. Por tal situación, no contaba con ningún elemento de seguridad, pues no se trataba de una labor que debiera efectuar. A pesar de ello, se relata que la atención médica del actor se cubrió por el señor Jenrry Páez, como quiera que presencié lo ocurrido y lo acompañó hasta el Hospital Santa Clara. Fue el propio señor Aponte Tuarez quien decidió salir del citado centro de atención en salud, porque prefería ser atendido en el Hospital Simón Bolívar.

1. Frente a lo manifestado por el accionante, sostienen que falta a la verdad cuando dice que su presunto horario también incluía los sábados, domingos y festivos, por cuanto el Depósito PV “no presta atención al público el día sábado hasta las 6 pm, mucho menos en horario dominical y/o festivo”48, ya que corresponde a un negocio familiar. Y tampoco pudo haber atendido al público, puesto que dicha actividad “recae de manera exclusiva en los señores Jenrry Yesmin Páez Vargas y Omar Andrés Páez Vargas, quienes son los únicos con acceso a los diversos insumos que se comercializan en el local, así como al dinero que ingresa (...), pues si bien el accionante logró ganar cierto afecto, este no llegó al punto de permitirle dicho grado de confianza”49.

1. Adicional a la información reseñada, se insiste por la parte demandada en la improcedencia de la acción de tutela por su carácter subsidiario, pues entrar a reconocer en un proceso caracterizado por la inmediatez derechos laborales, cercenaría los derechos al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia de los señores Crisanto Páez Espitia y Rosa del Carmen Vargas de Páez.

Información de parte de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E

(antes Hospital Santa Clara)50

1. En el oficio remitido, como resumen, la Subred suministra los siguientes datos: “El paciente Edwin Rafael Aponte Tuarez (...) fue atendido por el servicio de urgencias de la Unidad Santa Clara (...) y fue valorado por el servicio de ortopedia el día 6 de marzo de 2019”51. El diagnóstico fue el de “fractura de la epífisis del radio derecho (S525)”52. Como plan de manejo se hizo una boleta quirúrgica solicitando una cirugía “para reducción abierta más osteosíntesis de fractura del radio distal derecho. Pero el paciente solicitó y firmó salida voluntaria”53. No figuran incapacidades médicas y el pago de su atención fue cubierto en su totalidad por el Fondo Financiero Distrital de Salud dentro del plan de atención a la población extranjera irregular.

1. Dentro de la información remitida, en particular, en la historia clínica, (i) se constata que, en el aparte destinado a la ocupación, el señor Aponte Tuarez no hizo ninguna declaración54; (ii) en las observaciones médicas se sostiene que, salvo el accidente en la mano, se trata de un paciente en buenas condiciones generales55; (iii) en el oficio que incluye la respuesta interconsulta, se advierte el siguiente análisis: “Paciente natural y procedente de Venezuela, residente en la ciudad, migra en búsqueda de mejorar sus condiciones de vida y brindar apoyo a su familia, actualmente refie (sic) se encuentra cesante, dice vive con su esposa (...), con respecto a su situación en el país indica que se encuentra de manera irregular (...) refiere [que] por desconocimiento y falta de recursos económicos no ha ido a Migración Colombia para llevar a cabo los trámites pertinentes para legalizar su situación [en] el país”56. Se le explica que, para su atención médica, atendiendo a la directriz de la Secretaría Distrital de Salud, se gestionaría su prestación de manera particular. Frente a lo cual, se señala que: “no está de acuerdo dado que no cuenta con los recursos económicos para cancelar [el] costo de la atención médica el día en que cuente con salida, por tanto, se [le] orienta con respecto a [los] trámites administrativos de egreso”57.

1. Dentro del material enviado se advierte el consentimiento informado de alta voluntaria, en el que aparece escrito a mano el nombre del accionante y las siguientes consideraciones: “por motivos de distancia[,] donde vive es desplazado de Venezuela[,] tiene la mujer en estado de embarazo. Me dirijo al Hospital Simón Bolívar que me queda más cerca”58.

Información otorgada por la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E (antes Hospital Simón Bolívar)59

1. La Subred refiere expresamente a que el accionante no presenta historial clínico alguno en el Hospital Simón Bolívar, por cuanto no constan registros de pagos, copagos o de incapacidades médicas.

Información suministrada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

(UAEMC)60

1. Migración Colombia se pronunció específicamente sobre la situación migratoria del accionante, en cuanto a su historia y estatus migratorio señaló lo siguiente:

“Consultado el Sistema de Información Misional a nombre de Edwin Rafael Aponte Tuarez (...), registra:

i. Historial del extranjero, No registra.

ii. No tiene movimientos migratorios.

iii. No tiene informe de caso.

iv. No cuenta con Permiso Especial de Permanencia PEP.

v. No cuenta con Permiso Especial de Permanencia PEP-RAMV.

vi. No se encuentra registrado en el Sistema de Información Misional.

vii. No cuenta con Tarjeta de Movilidad Fronteriza.

viii. Así mismo, consultado el Sistema de Gestión Documental ORFEO, no registra solicitudes.”⁶¹

1. De lo anterior se evidencia, a juicio de Migración Colombia, que el actor “se encuentra en situación irregular en el territorio nacional, y debe adelantar los trámites correspondientes [para] regularizar su situación migratoria, esto es acercarse a [sus] instalaciones (...) para que se adelante el procedimiento administrativo migratorio correspondiente para que obtenga su respectiva visa[,] posteriormente para así adquirir su cédula de extranjería”.

Información otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores⁶²

1. El Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó que el trámite de visado es rogado, por lo que el extranjero debe requerir ante esa autoridad, la categoría de visa que considere adecuada, según su intención de estancia en el país. Una vez revisado el Sistema Integral de Trámites al Ciudadano (SITAC), se advierte que el actor no ha efectuado solicitud de visa alguna. Por otra parte, también se aclara que “revisada la base de datos por parte del GIT Determinación de la Condición de Refugiado, así como del archivo de Gestión de la Dirección de Derechos Humanos y DIH, y del Archivo Central del Ministerio de Relaciones Exteriores, se pudo constatar que no obra solicitud de refugio (ni en trámite, ni resuelta) a nombre del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez”⁶³.

Información otorgada por el Ministerio del Trabajo⁶⁴

1. En cuanto a la materia objeto de controversia, se le preguntó al Ministerio del Trabajo, por una parte, sobre la calificación del rango asignada a la actividad de cargar un camión con material de construcción, las implicaciones y los deberes y obligaciones que ello acarrea; y, por la otra, si en el RUTEC figura algún registro a nombre del accionante⁶⁵.

1. En cuanto a la primera de las materias en cuestión, el Ministerio señaló que los riesgos laborales se clasifican por empresas y no por oficios. Con esta aclaración, se refirió a las ferreterías con venta de materiales de construcción y con servicio de transporte, las cuales se ubican en la clase 4, código 4514102. Frente a los trabajadores dependientes, expone que dicha actividad empresarial tiene la obligación de afiliarse y pagar la cotización a riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en los literales c), d), e) y h) del artículo 4 del Decreto Ley 1295 de 1994, en caso de que ello no ocurra, el empleador, además de las sanciones previstas en la ley, será responsable de las prestaciones que se otorgan en el mencionado régimen normativo. Las obligaciones y deberes consisten en dar instrucción, otorgar elementos de protección personal e implementar un sistema de gestión de salud y seguridad social, realizando actividades de promoción, con la finalidad de precaver accidentes de trabajo y enfermedades laborales.

1. Para el caso de trabajadores independientes, la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales debe producirse por medio del contratante, pues cuando se trata de la prestación de “servicios a una ferretería de venta de materiales de construcción, la afiliación (...) la debe realizar la empresa por ser una actividad de clase 4 código 4514102, conforme lo determinar (sic) el artículo 2.2.4.2.2.5 del Decreto 1072 de 2015”⁶⁶, en concordancia con el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1532 de 2012. El incumplimiento de esa obligación hará responsable al contratante de las prestaciones económicas y asistenciales a que haya lugar.

1. En lo que respecta a si el accionante aparece en el RUTEC, se expuso que una vez verificada dicha base de datos se pudo verificar que no consta registro alguno con el nombre del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez.

1. En cuanto a la verificación de la afiliación del señor Aponte Tuarez al sistema de salud, el Ministerio indicó que no es posible certificar su situación actual, ya que únicamente tiene el documento de identidad de la República Bolivariana de Venezuela, el cual no es válido para realizar la búsqueda en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA). A partir de un pantallazo al sistema de exploración se constata que los documentos que se aceptan son: tarjeta de identidad, cédula de ciudadanía, cédula de extranjería, pasaporte, registro civil, número

único de identificación personal, carné diplomático, certificado nacido vivo, salvo conducto y permiso especial de permanencia⁶⁷.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA Y ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

1. Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la acción de tutela en referencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del auto del 28 de junio de 2019 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número seis, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

1. Con miras a resolver el asunto bajo examen, la Sala seguirá el siguiente esquema: En primer lugar, se pronunciará sobre el fenómeno de la migración Venezuela-Colombia, con el fin de resaltar su contexto y la situación normativa vigente. En segundo lugar, se detendrá en el marco regulatorio internacional de la migración, con énfasis en los derechos al trabajo y a la salud, destacando su impacto respecto de lo previsto en los artículos 13, 25, 53 y 100 del Texto Superior.

1. En tercer lugar, y frente al caso concreto, la Corte abordará el examen de procedibilidad de la acción, partiendo de la base de que solo en el evento en que se supere esta etapa, se procederá con el planteamiento del problema jurídico y se asumirá la revisión sustancial de los derechos invocados por el accionante.

1. La presente estructura se explica por la necesidad de tener en cuenta los elementos abordados inicialmente en la parte general, tanto para el examen concreto de procedibilidad de la acción, como para el eventual juicio de fondo que se adelante.

B. EL FENÓMENO DE LA MIGRACIÓN VENEZUELA-COLOMBIA

1. El contexto que se advierte respecto del fenómeno de la migración Venezuela-Colombia: con énfasis en trabajo y salud⁶⁸

1. Conforme se advierte en los textos especializados sobre la materia, el fenómeno migratorio Venezuela-Colombia se clasifica como una migración mixta, ya que está

compuesta por migrantes económicos, mayoritariamente, y en menor proporción, por solicitantes de refugio⁶⁹. Es la primera vez que el país recibe un flujo masivo de migrantes, pues tradicionalmente ha mantenido tasas negativas de migración neta (-1,6% por cada mil habitantes entre 1985-1990 y de -0,6% entre 2010-2015)⁷⁰. A partir de 2016, asociado a mejoras en seguridad (proceso de paz), desempeño económico y políticas de integración (OCDE), se ha presentado un proceso creciente de aceleración en el flujo de población del vecino país, con una tasa exponencial de crecimiento de aproximadamente un 75,66%, frente al total de migrantes venezolanos que habitan en Colombia⁷¹.

1. En cuanto al número de personas venezolanas que han llegado al país, para el año 2019, según distintas fuentes, el total aproximado se encontraba entre 1.260.594 y 1.408.055⁷². Y, para 2020, se estima que tal cifra pudo haber ascendido a 1.780.486 personas⁷³. Pese a no existir un valor consolidado, se calcula que la migración irregular oscila entre el 47% y el 57,4% del total de la población que ha ingresado al territorio colombiano⁷⁴. Dentro de este grupo se encuentran quienes están en Colombia sin autorización, así como quienes han superado el tiempo permitido de permanencia⁷⁵. En general, se considera que la población migrante venezolana equivale a cerca de 3,2 de la población residente del país⁷⁶.

1. A junio de 2019, respecto del total de migrantes regulares, el (i) 80,5% lo hacían con un Permiso Especial de Permanencia (en siglas PEP), creado por el Estado colombiano a partir de la Resolución 5797 de 2017, como documento de identificación válido para los venezolanos en el territorio colombiano, y que autoriza a su titular para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país; (ii) el 10,6% con visa y cédula de extranjería; y (iii) el 8,9% por permanencia permitida en el territorio. Por el contrario, en el caso de la migración irregular, el 33,1% se halla en tal condición por vencimiento del plazo de permanencia y el 66,9% por ingreso sin autorización⁷⁷.

1. Como se advierte de lo anterior, la mayoría de la población regular depende de la existencia de un documento de validación (PEP) que fue ideado, desarrollado y ha venido siendo prorrogado por el Estado colombiano; mientras que, el mayor número de población irregular se origina por el ingreso al país por puntos no habilitados y sin control. Ello se explica, por una parte, por las restricciones del Estado de Venezuela para el otorgamiento de pasaportes y otros documentos de identificación, y por la otra, por los cierres fronterizos decretados por su gobierno⁷⁸.

1. En cifras aproximadas se considera que el 84,2% de los venezolanos que llegan al país son fuerza de trabajo productiva⁷⁹. Sin embargo, en cuanto a su nivel educativo, en un porcentaje del 80%⁸⁰, su tope máximo de formación es la educación secundaria.

1. En cuanto a las condiciones de empleabilidad derivadas de la migración, su tasa aproximada de desempleo (TD) es del doble de las personas residentes del país⁸¹. Se afirma que solo el 56,7% de los venezolanos ocupados tienen un contrato de trabajo, y en una mayoría del 79,1% es de carácter verbal. Respecto de quienes han formalizado un contrato escrito (20,9%), más de la mitad lo tiene a término indefinido. La informalidad de sus vínculos laborales se refleja en las ramas de actividad que se desempeñan, esto es, comercio, hoteles y restaurantes (46,3%), servicios comunitarios, sociales y personales (14,3%), en la industria manufacturera (11,6%) y en la construcción (11,3%). De manera puntual, un 15,5% trabajan en sitios descubiertos en la calle, proporción tres veces superior a la de los colombianos⁸².

1. Con ocasión del Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV) creado por el Decreto 1288 de 2018 y dirigido en esencia a identificar las condiciones de migración irregular, se pudo constatar que, respecto de esta población⁸³, el 23,64% tiene un empleo informal; el 21,89% son independientes; el 18,19% están desempleados; el 18,09% no reportó ninguna información; el 9,72% realiza actividades de hogar; el 7,72% son estudiantes y el 0,75 tiene un trabajo formal⁸⁴.

1. La informalidad ha ocasionado situaciones de abuso laboral, sin perjuicio de que también ha sido utilizada para reclutar forzosamente a jóvenes⁸⁵ y para incurrir en trata de personas, incluida la explotación sexual⁸⁶. Conforme a datos suministrados a la Corte en sede de revisión⁸⁷, el 45% del total de ocupados venezolanos supera 48 horas de trabajo semanal, superior en 17,9 puntos porcentuales a la proporción de ocupados colombianos que trabajan ese mismo tiempo. El resto de ocupados se distribuyen en un 12% que trabaja medio tiempo (hasta 2 horas a la semana), un 8,2% que trabaja hasta 36 horas semanales y un 36,6% hasta 48 horas, lo que corresponde al régimen legal colombiano. De igual forma, se advierte que la informalidad laboral ha ejercido presión a la baja sobre los salarios en el corto plazo, por la posibilidad de sustituir fácilmente a la mano de obra, con reducciones reales de entre un 3% y un 6%⁸⁸; y en el caso de las mujeres ha conducido a dinámicas de prostitución, con ingresos inferiores a los que obtienen las mujeres colombianas que ejercen dicho oficio⁸⁹. La brecha promedio de ingreso de los venezolanos respecto de la población residente en el país es cercana al 45%, tanto para el sector asalariado como no asalariado⁹⁰.

1. En todo caso, se destaca que la probabilidad de obtención de un empleo sigue una regla de antigüedad en el evento migratorio, pues es más sencillo para quienes tienen un tiempo de permanencia en el país de alrededor de dos a cinco años, frente a quienes llevan menos de esas dos primeras anualidades. Según se afirma, la diferencia aproximada es de 10 puntos porcentuales⁹¹. La razón que se manifiesta para explicar la elevada informalidad de los venezolanos subyace en el desconocimiento sobre los trámites y procedimientos que se deben seguir para contratar a dichos migrantes⁹².

1. En materia de inspección, vigilancia y control se destaca que, durante el año 2019, se han

sancionado a 196 personas jurídicas por contratación irregular de extranjeros, y para el mes de agosto de dicho año, el Ministerio del Trabajo tenía abiertas seis querellas administrativas relacionadas con trabajo migrante irregular⁹³.

1. En cobertura de salud, para julio de 2019⁹⁴, solo un 23% de la población migrante reportó estar afiliado a algún régimen. La mayoría al subsidiado (51,4%), seguido por el contributivo (48,1%) y una mínima proporción en algún régimen especial (0,3%). En cuanto a los migrantes irregulares registrados en el RAMV, de un total de 442.462 personas, solo 4.985 están afiliadas al sistema de salud. De ellos, 16.812 reportan estar con enfermedades crónicas, 448 con enfermedades infectocontagiosas y 8.209 mujeres embarazadas, de las cuales 6.304 no han tenido ningún control prenatal⁹⁵. La atención a la población migrante irregular ha generado una presión sobre las ya finanzas precarias de las ESE, pues al no tener, en general, una afiliación al sistema, no generan el pago de la UPC, por lo que, para julio de 2018, se reportaba por los hospitales públicos servicios prestados por más de \$43.3 mil millones de pesos⁹⁶. En este punto se ha podido identificar que los costos en atención en salud son menores cuando se accede vía aseguramiento⁹⁷.

1. Un efecto adicional de la migración en materia de salud se encuentra en que ha traído consigo un incremento en los casos reportados de vigilancia epidemiológica. Los eventos con mayor ocurrencia, a cifras de septiembre de 2018, corresponden a malaria (36,8%), violencia de género (12,6%), desnutrición aguda en menores de cinco años (6,6%), VIH/SIDA (6,2%) y tuberculosis (4,0%). Incluso en el año en cita se presentó un nuevo brote de sarampión en el país desde el año 2014⁹⁸.

1. En varios documentos se señala que aun cuando la migración genera impactos complejos en el corto plazo, sobre todo por el desbordamiento de la demanda de servicios, las presiones fiscales⁹⁹, la probabilidad de que aumenten las estadísticas de crímenes en áreas de frontera¹⁰⁰ y la necesidad de ajustar las políticas migratorias; lo cierto es que, a mediano y largo plazo, suele producir resultados favorables en materia económica, cuando la población que llega al país se afianza como complemento de la mano de obra local, y se evita que ingrese en niveles de pobreza¹⁰¹. Con tal fin, la regularización de la población migrante se convierte en punto esencial de la política migratoria, ya que lejos de afectar la tasa de desempleo total¹⁰², reduce y fortalece el impacto de las finanzas públicas, al permitir no solo que se contribuya directamente por las personas en el acceso a los servicios de la seguridad social, sino también porque amplía la demanda agregada con el consumo interno¹⁰³. Ello, sin perjuicio, como se analizará más adelante, de los deberes que en materia de derechos humanos existen y que, por su carácter prevalente, imponen también la necesidad de dar una respuesta urgente en materia de regularización de la población migrante.

1. Finalmente, cabe señalar que es probable que a futuro la población migrante venezolana se mantenga en los mismos niveles de los últimos años, básicamente por tres razones: el deterioro económico del país fronterizo¹⁰⁴, la búsqueda de la reunificación familiar respecto de la población ya asentada en el país, y la respuesta que el Estado colombiano le ha venido brindando al fenómeno de la migración, y frente a la cual se centrará el siguiente acápite de este fallo.

1. Las particularidades del régimen normativo colombiano respecto del fenómeno de la migración Venezuela-Colombia: con énfasis en salud y trabajo

1. Según se advierte por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia existen dos tipos de mecanismos a través de los cuales se busca que los migrantes venezolanos regularicen su situación migratoria en el país. Lo anterior, bajo el entendido que el Estado colombiano es autónomo y soberano para autorizar el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros.

1. Para entender la diferencia entre ambos mecanismos, cabe señalar que, por regla general, según se dispone en el artículo 2.2.1.11.2.1 del Decreto 1067 de 2015, la persona que ingrese al territorio colombiano deberá presentarse ante la autoridad migratoria respectiva con su pasaporte vigente, documento de viaje o de identidad válido, según el caso, y con la visa correspondiente cuando sea exigible. En los casos en que una persona entra al territorio colombiano por un lugar no habilitado, o evadiendo u omitiendo el control migratorio, o sin la respectiva documentación requerida, el ingreso se considera como irregular.

1. Sobre la base de lo anterior, como ya se dijo, existen dos mecanismos principales dirigidos a regularizar a la población venezolana: (i) los mecanismos ordinarios-obligatorios y (ii) los mecanismos extraordinarios-transitorios.

De los mecanismos ordinarios-obligatorios

1. En cuanto a los mecanismos ordinarios-obligatorios, el régimen general supone que el extranjero que ingresa a Colombia, con el ánimo de establecerse temporalmente, requiere el otorgamiento de una visa¹⁰⁵, cuando tal vocación no existe y, adicionalmente, no se exige este último documento como requisito indispensable para entrar el país, la regulación autoriza su ingreso a través de permisos¹⁰⁶, en especial, del Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP)¹⁰⁷ y del Permiso Temporal de Permanencia (PTP)¹⁰⁸. Estos últimos no autorizan ni permiten el desarrollo de actividades laborales ordinarias.

1. Por fuera de los permisos, como se mencionó, es la visa el requisito que se establece por excelencia para establecerse temporalmente en el país, a pesar de que ella admite varias categorías que no necesariamente se vinculan con dicho objeto. Así, según la Resolución 6045 de 2017 existen tres tipos de visas: (i) la visa de visitante o visa tipo “V”, la cual permite realizar varias visitas y desempeñar ciertas actividades¹⁰⁹, pero que se diferencia de las demás, en el supuesto de que quien la solicita no busca establecerse en el país. En todo caso, otorga excepcionalmente un permiso de trabajo unido a la actividad a realizar¹¹⁰ o permite un permiso de trabajo abierto en algunos casos taxativos¹¹¹. Su vigencia es de hasta dos años tomando en cuenta la labor a desempeñar por el extranjero.

1. A la anterior se agrega (ii) la visa de migrante o visa tipo “M”, la cual sí aplica para el extranjero que desea permanecer en el territorio nacional con la intención de establecerse, y no cumpla los requisitos para solicitar la visa de residente o visa tipo “R”. A esta se puede aspirar, entre otras, en los siguientes supuestos: (a) ser cónyuge o compañero(a) permanente de nacional colombiano; (b) estar reconocido como refugiado en Colombia de acuerdo con el régimen vigente; (c) contar con empleo fijo en Colombia o de larga duración, en virtud de una vinculación laboral o contratación de prestación de servicios con persona natural o jurídica domiciliada en Colombia. Su vigencia es de máximo tres años, salvo que el contrato de trabajo tenga una duración menor. Esta visa sí otorga por lo general un permiso de trabajo abierto, y como excepción lo limita a la actividad a realizar¹¹² o lo prohíbe¹¹³.

1. Por último, en materia de visas, (iii) se encuentra la visa de residente o visa tipo “R”, prevista para el extranjero que desea permanecer en el país para establecerse permanentemente o fijar en él su domicilio. Para ser beneficiario se requiere acreditar alguno de los siguientes supuestos: (a) la condición de nacional colombiano que renunció a su nacionalidad; (b) ser padre o madre de nacional colombiano por nacimiento; (c) permanecer entre dos y cinco años en el territorio como titular principal de una visa tipo “M”, de acuerdo con la actividad permitida; y (d) realizar inversión extranjera directa en los montos mínimos que se establezcan. Esta visa tendrá vigencia indefinida y otorga un permiso abierto de trabajo, permitiendo a su titular realizar cualquier actividad lícita en el territorio nacional¹¹⁴.

1. La mayor dificultad que se presenta entre la población venezolana para acceder a las visas, en especial, la de residente, es que, para efectos de su otorgamiento, se establece como requisito general presentar el pasaporte¹¹⁵, por lo que su alcance en la práctica se limita a la población migrante regular, pues una parte importante de la irregular, como se expuso en el acápite anterior, lo es por las restricciones de Venezuela en el otorgamiento de pasaportes y otros documentos de identificación. Aquí, en todo caso, cabe destacar que mediante la Resolución 872 de 2019 se autorizó el ingreso de venezolanos con pasaporte vencido durante el término de dos años, y siempre que tenga el sello de ingreso y permanencia otorgado por Migración Colombia, “servirá como documento de identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional.”¹¹⁶ Finalmente, en el artículo 5 del

acto en cita se establece que: “los nacionales venezolanos que ingresen al territorio colombiano con pasaporte vencido, podrán solicitar expedición o renovación de visa de acuerdo con las disposiciones vigentes que en la materia establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores.”

1. Como lo advierte Migración Colombia, una vez obtenida una visa cuya vigencia sea superior a tres meses¹¹⁷, su titular deberá inscribirse en el Registro de Extranjeros de esa entidad dentro del plazo de 15 días calendario siguientes, contados a partir de su ingreso al país o de la fecha de expedición de la visa, si esta se obtuvo dentro del territorio nacional¹¹⁸. Con base en el citado Registro, se habilita la expedición de la cédula de extranjería, la cual se extiende por un término igual al de la visa, y presta el mérito de servir específicamente como documento de identidad¹¹⁹.

1. Según se acaba de exponer, el tipo de visa determina la habilitación o no para realizar una actividad laboral, ya sea concreta y específica en una labor determinada o a través de un permiso abierto de trabajo. Por lo demás, quien vincule o contrate a un extranjero deberá solicitar la visa y/o la cédula de extranjería, en caso de que su portador esté en la obligación de tramitarla¹²⁰.

1. Finalmente, el mecanismo ordinario-obligatorio prevé que un migrante irregular puede acercarse a las instalaciones del Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Migración Colombia para obtener un salvoconducto SC-2. Este, en otras hipótesis, se expide a favor del “extranjero que pudiendo solicitar visa en el territorio nacional, haya incurrido en permanencia irregular, previa la cancelación de la sanción a la que hubiere lugar. En el presente caso, el término de duración del salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario”¹²¹. Según informa Migración Colombia, este documento habilita la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud¹²² y se convierte en una autorización temporal que habilita al extranjero para solicitar un permiso válido de permanencia. De forma expresa, se señala lo siguiente: “Una vez la cancillería estudia el caso y revisa el cumplimiento del lleno de los requisitos, ésta expide el documento de permanencia ordinario, esto es la visa, la cual debe ser posteriormente registrada ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para que se expida la respectiva cédula de extranjería, documento que cumple la función de identificación del extranjero en el territorio colombiano”¹²³.

De los mecanismos extraordinarios-transitorios

1. En cuanto a los mecanismos extraordinarios-transitorios, se ha adoptado un conjunto amplio de normas que buscan regularizar a la población venezolana y hacerla partícipe de la oferta institucional del Estado. Con base en el cuadro que se encuentra en el anexo sobre la normatividad referente a la regularización de nacionales venezolanos en Colombia, se advierten estas vías:

i. La obtención del Permiso Especial de Permanencia (PEP): Se trata de un documento de identificación válido para los venezolanos en el territorio colombiano, el cual se deberá presentar ante las autoridades, en compañía del pasaporte o del documento nacional de identificación (Resolución 5797 de 2017, art. 5). Este permiso está previsto para la población migrante regular, que no tenga antecedentes judiciales, ni una medida de expulsión o deportación vigente. Básicamente, otorga a su titular la posibilidad de ejercer “cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de [un] contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas”¹²⁴. La vigencia del PEP se sujetó a un período de 90 días, con prórrogas por períodos iguales, sin que exceda el término de dos años, con el propósito de que en dicho tiempo se obtenga una visa.

Este mecanismo previsto con carácter transitorio, el cual al inicio tan solo cobijaba a quienes ingresaron antes del 28 de julio de 2017 al país, y siempre que la solicitud la formularan en un plazo de 90 días, se fue prorrogando y fue incluyendo a nueva población regular, a través de la extensión de la barrera referente al momento de ingreso¹²⁵.

i. La obtención del PEP- RAMV: Para comenzar, cabe aclarar que en el Decreto 542 de 2018 se implementó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV), dirigido a obtener información detallada sobre el alcance del fenómeno migratorio de esa población en el país. A pesar de ese carácter meramente informativo, el Registro fue aprovechado para autorizar, con posterioridad, el otorgamiento del Permiso Especial de Permanencia (PEP). Lo anterior, se consolidó a través del Decreto 1288 de 2018 y la Resolución 6370 del mismo año, en la que se dispuso los siguientes requisitos para acceder al permiso: (a) estar inscrito en el RAMV; (b) encontrarse en el país para el 1° de agosto de 2018; (c) no tener antecedentes judiciales; y (d) no tener medida de expulsión o deportación actual. El plazo para su trámite estuvo vigente entre el 2 de agosto y el 2 de diciembre de 2018.

Como nota diferenciadora de este PEP, se destaca que no exigía el ingreso regular al Estado Colombiano y tampoco la posesión de un pasaporte, por lo que fue la vía utilizada, por excelencia, para poder regularizar a la población migrante irregular.

Frente a su alcance, el artículo 2 de la Resolución 6370 de 2018, lo estructuró como un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas. La vigencia del PEP-RAMV se sujetó a un plazo de 90 días, prorrogables por períodos iguales, sin que exceda el término de 2 años.

Por último, las personas inscritas en el RAMV, aun cuando no hayan accedido al PEP-RAMV, tienen derecho a las coberturas en salud que se disponen en el artículo 7 del Decreto 1288 de 2018126.

i. La obtención del PEP-Militares: Básicamente, se trata de un documento igual al PEP, solo que es exclusivo para los nacionales venezolanos de las Fuerzas Armadas y de Policía de Venezuela. Los requisitos son los siguientes (art. 2° de la R. 2540 de 2019): (a) estar en el país a fecha 13 de mayo de 2019, lo cual se debía acreditar con el registro migratorio de ingreso (migrante regular, con pasaporte) o con la verificación de la fecha de trámite de la solicitud de la condición de refugiado; (b) haber manifestado de forma libre y voluntaria separarse temporalmente de la condición de miembro de la Fuerza Pública Venezolana; (c) haber entregado armas, uniformes, etc.; (iv) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional o internacional; y (d) no tener una medida de expulsión o deportación vigente. La solicitud debía realizarse entre el 24 de mayo y el 2 de junio de 2019.

En cuanto al alcance del PEP-Militares, en materia laboral se dispuso lo siguiente: “El titular del Permiso Especial de Permanencia (PEP) quedará autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas. // Parágrafo. Se exceptuarán de las actividades autorizadas en el presente artículo, las relacionadas con actividades ligadas a seguridad o que impliquen manejo de armas”. (art. 4 de la R. 2540 de 2019). Su vigencia se sujetó a un plazo de 90 días, prorrogables por períodos iguales, sin que exceda el término de 2 años.

i. La obtención del Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP): Se trata de un permiso especial para quienes les fue negada la condición de refugiado. Los requisitos para su solicitud son los siguiente: (a) contar con la expresa Autorización de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE); (b) haber realizado la solicitud de la condición de refugiado entre el 19 de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2018; (c) que la negativa a otorgar dicha condición se enmarque en unas causales previstas de forma expresa en la Resolución; (d) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional ni internacional; (e) no tener una medida de expulsión o deportación vigente; (f) estar en el país a fecha 3 de julio de 2019; (g) no ser titular de una visa, ni estar en su proceso de solicitud; y (h) no ser titular de un PEP, ni estar en trámite del mismo (art. 1° de la R. 3548 de 2019). Su trámite se dispuso en línea desde el 15 de septiembre hasta el 15 de diciembre de 2019.

Según el artículo 3 de la Resolución 3548 de 2019, el titular del PECP quedará autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de un contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas. La vigencia del permiso se sujetó a un plazo de 90 días, prorrogables por períodos iguales, sin que exceda el término de 2 años.

i. Obtención del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF): A través del Decreto 117 de 2020 se creó un nuevo Permiso Especial de Permanencia dirigido a facilitar la regularidad migratoria, mediante el acceso a contratos laborales o de prestación de servicios. Su cobertura incluye tanto a la población migrante regular como irregular, aun cuando los considerandos del Decreto acentúan la necesidad de regularizar a esta última.

Este permiso se sujeta a estas condiciones: (a) ser mayor de edad según el ordenamiento jurídico colombiano; (b) presentar la cédula de identidad venezolana y/o pasaporte, sin importar que ellos se hallan vencido, de acuerdo con los parámetros de la Resolución 872 de 2019; (c) no tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior; (d) no ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente y (e) ser titular según corresponda en cada caso, de: (1) Una oferta de contratación laboral, por parte de un empleador, o (2) Una oferta de contratación de prestación de servicios, por parte de un contratante. En cualquier caso, la oferta deberá presentarse mediante formulario web. (art. 2.2.6.8.3.2).

La duración del PEPFF se sujeta al plazo del contrato ofertado, ya sea laboral o de prestación de servicios. En todo caso, el permiso no podrá tener una duración inferior a dos meses ni superior a dos años, siendo posible renovarlo hasta por un plazo máximo acumulado de cuatro años continuos o discontinuos. Se exige para su vigencia cumplir con los registros en el SIRE y en el RUTEC. Como regulación específica, se excluye el PEPFF para contratos laborales o de prestación de servicios indefinidos, y se aclara que, en el caso del primero, si se termina sin justa causa el contrato, el permiso mantendrá el tiempo restante de vigencia inicial.

Por último, se señala que el PEPFF sirve como mecanismo de identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional, pero no genera facultades para realizar trámites registrales de las personas.

i. Obtención de la condición de refugiado: Como se expuso al inicio de la sección anterior de esta providencia, la migración de Venezuela hacia Colombia se considera mixta, ya que está compuesta por migrantes económicos, mayoritariamente, y en menor proporción, por solicitantes de refugio. Los primeros buscan mejorar las condiciones de subsistencia, los segundos huyen de su país debido al riesgo inminente para su vida. La situación de especial vulnerabilidad de la segunda categoría les otorga un estatus especial en el derecho internacional, por lo cual los gobiernos tienen una particular precaución al definir a esta población.

En el caso de Colombia son aplicables la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su protocolo de 1967, así como la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984. En el ámbito interno, el Decreto 1067 de 2015 consagra la definición de esa condición y prevé los requisitos y condiciones para acceder a ella¹²⁷.

Puntualmente, el artículo 2.2.3.1.1.1 señala que: "(...) el término refugiado se aplicará a toda persona que reúna las siguientes condiciones: a) Que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; // b) Que se hubiera visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente al orden público, o //c) Que haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en caso de que se procediera a la expulsión, devolución o extradición al país de su nacionalidad o, en el caso que carezca de nacionalidad, al país de residencia habitual."

La recepción, trámite y estudio de las solicitudes que buscan obtener el reconocimiento de la condición de refugiado le corresponde a la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE). Ella deberá invocarse al ingreso al país por un lugar habilitado¹²⁸ o, en subsidio, en un plazo máximo de dos meses desde que la persona se encuentre en el territorio colombiano¹²⁹. En este último caso, la solicitud se puede radicar con independencia de la condición migratoria de la persona¹³⁰.

Mientras la solicitud se resuelve, la persona que pidió acceder a la condición de refugiado obtiene un salvoconducto de permanencia (SC-2), el cual será válido por un término de tres meses, prorrogable por un lapso igual, hasta que se defina su situación¹³¹. En caso de ser favorable, el Ministerio de Relaciones Exteriores reconocerá una visa, la cual se convertirá en el único documento válido para ingresar o salir del país¹³². Y, de llegar a ser desfavorable, Migración Colombia cancelará el salvoconducto vigente y emitirá uno nuevo por un término de 30 días, plazo en el cual la persona deberá salir del territorio nacional¹³³. En casos excepcionales, y como se vio en el estudio de los mecanismos ordinarios-obligatorios, CONARE puede recomendar una vía de regularización distinta, que se hace efectiva a través de una visa tipo "V", con un permiso de trabajo abierto¹³⁴.

1. Como se advierte de lo expuesto, son varios los mecanismos que se han ideado para dar respuesta al fenómeno de la migración. Así, (i) por la vía ordinaria-obligatoria, la regulación se enfoca en el otorgamiento de visas y, en la mayoría de los casos, en la expedición posterior de la cédula de extranjería, para lo cual es impensable tener el pasaporte. En este punto se destaca, por una parte, la flexibilidad adoptada por el Gobierno Nacional en la Resolución 872 de 2019, en cuyo artículo 5 señala que valdrán los pasaportes vencidos para solicitar la expedición o renovación de las visas. Y, por la otra, la alternativa que se brinda a los migrantes irregulares para acercarse a las instalaciones del Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Migración Colombia para obtener un salvoconducto SC-2, en los casos en que el extranjero se encuentra en una de las hipótesis que le permite regularizar de forma ordinaria su permanencia. Como ya se advirtió, previo pago de la sanción correspondiente, (i) este último documento permite la afiliación al Sistema General de

Seguridad Social en Salud, (ii) al tiempo que se convierte en una autorización temporal que habilita a su titular para poder tramitar la respectiva visa.

1. Por su parte, (ii) por la vía extraordinaria-transitoria, se advierte lo siguiente:

* En primer lugar, el sistema ha ideado distintos mecanismos cuyo acceso ha sido de carácter temporal, como ocurre con el PEP-RAMV, el PEP-Militares y el PECP, por lo que hoy en día ya no existe la alternativa de postularse a alguno de ellos. Lo anterior, sin perjuicio de las distintas resoluciones a través de las cuales el Gobierno ha venido renovando tales permisos para quienes los obtuvieron, mientras se regulariza de forma ordinaria su situación.

* En segundo lugar, el sistema le ha dado preponderancia al PEP, el cual cobija a la población migrante regular, no solo porque ha renovado el permiso de quienes ya tienen tal autorización desde que fue creada en la Resolución 5797 de 2017, sino también porque ha expedido varias resoluciones a través de las cuales establece nuevos términos de ingreso al país, corriendo la línea temporal, para efectos de acceder a su solicitud. En todo caso, y más allá de la prevalencia que se le ha dado, se preserva el deber de que la persona regularice de forma ordinaria su situación.

* En tercer lugar, el sistema permite reclamar el estatus de refugiado, y autoriza hacerlo incluso cuando la persona ya se encuentra en el país (en un plazo de dos meses), pero difícilmente los migrantes venezolanos lo invocan, debido, principalmente, a que no cumplen con la característica que les daría acceso a tal condición (como lo son las amenazas a su vida, libertad y seguridad), por lo que se consideran, en su mayoría, migrantes económicos, en búsqueda de mejores condiciones de vida para ellos y sus familias.

* En cuarto lugar, el sistema ideó un permiso especial vinculado con el acceso al trabajo, esto es, el PEPFF. Sin embargo, hasta el momento no existen mediciones respecto de su operatividad y como se advirtió en la sesión anterior de esta sentencia, el sector empresarial manifiesta que, en gran parte, la dificultad de vincular a población migrante venezolana es por razón del desconocimiento de los trámites que existen al respecto.

* En quinto y último lugar, el migrante irregular es el que menos vías de regularización extraordinaria ha tenido, por una parte, se autorizó a su favor el otorgamiento del PEP-RAMV, sujeto al registro de la población en esta última base de datos, con la condición de haber ingresado al país antes del 1° de agosto de 2018, por lo que en la actualidad se trata de una

opción inexistente para los nuevos migrantes; y, por la otra, se les permite acceder al PEPFF, como expresamente se advierte en los considerandos del Decreto 117 de 2020, en donde se señala que es una alternativa válida para lograr su formalización. No obstante, como se expuso en el párrafo anterior, su éxito depende del conocimiento efectivo de esta nueva vía por el sector empresarial.

La Tarjeta de Movilidad Fronteriza

1. A los mecanismos ya expuestos, cabe adicionar que el Gobierno Nacional dio respuesta al fenómeno de la migración pendular, esto es, de tránsito permanente entre zonas de frontera, por intermedio de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF), regulada en la Resolución 3167 de 2019. Su naturaleza se circunscribe a la de servir de soporte documental para registrar, identificar y controlar a los ciudadanos extranjeros beneficiarios de la autorización de tránsito fronterizo. Para acceder a ella debe cumplirse con una exigencia de pre-registro en línea a cargo de Migración Colombia. La duración de la tarjeta es de dos años y podrá pedirse su prórroga. La permanencia en el país como consecuencia del tránsito no puede ser mayor a siete días continuos, pero se permite los múltiples ingresos. Dentro de sus limitaciones expresamente se señala que (i) no equivale a ninguna visa; (ii) ni faculta a desplazarse a lugares distintos de los estipulados como de frontera; (iii) ni constituye un permiso de trabajo.

El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

1. Sobre la base de lo ya expuesto, es preciso mencionar que el Gobierno Nacional expidió recientemente el Decreto 216 del 1° de marzo de 2021, por medio del cual adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos bajo régimen de protección temporal. Por razón de su importancia, es necesario referirse al alcance e impacto que produce frente a la normatividad y a los mecanismos que ya fueron enunciados. En sus considerandos se aprecia, por una parte, la declaración de que para el 31 de enero de 2021 se habían otorgado un total de 720.113 PEP en todas sus fases y que, a pesar de ello, subsiste un grupo de población migrante que no cumple con los requisitos para acceder a tal permiso y lograr su cobertura; y, por la otra, que no todos los titulares del PEP “han logrado obtener una visa expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores dentro de su término de vigencia, lo que ha generado la prórroga de cada fase de manera individual”.

1. De esta manera y atendiendo a dicha realidad, se especifica que el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos está compuesto por dos elementos: (i) el Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV) y (ii) el Permiso por Protección Temporal (PPT).

1. Sin embargo, antes de proceder a identificar el alcance de cada uno de ellos, el Decreto 216 de 2021 define en que consiste el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, el cual se describe como el mecanismo jurídico dirigido a buscar información

sobre dicha población y, posteriormente, a otorgar “(...) un beneficio temporal de regularización a quienes cumplan los requisitos [previstos para el efecto]”¹³⁵. El Estatuto tendrá una vigencia de 10 años, el cual se contabilizará desde la entrada en vigor del citado decreto, cuya fecha se dispuso “(...) a partir de los 90 días calendario posteriores a la fecha de su publicación”¹³⁶. En todo caso, mediante la Resolución 0971 del 28 de abril de 2021, se resolvió expresamente implementar el Estatuto, como se advierte de lo dispuesto en el artículo 1°¹³⁷.

1. La población objeto de protección del Estatuto se describe en el artículo 4 del Decreto 216 de 2021, en el que declara que no se trata de requisitos concurrentes, sino de la acreditación de una sola de las siguientes condiciones:

Población beneficiaria del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

1. Quienes se encuentren en el territorio colombiano de manera regular como titulares de los siguientes permisos: (i) PIP, (ii) PTP y (iii) PEP vigente, cualquiera sea su fase de expedición¹³⁸, incluido el PEPFF.

2. Quienes se encuentren en el territorio colombiano de manera regular como titulares de un salvoconducto SC-2, en el marco del trámite de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

3. Quienes se encuentren en el territorio colombiano de manera irregular al 31 de enero de 2021. Para el efecto, deberán aportar prueba sumaria e idónea de su permanencia en el país, en los términos que fije Migración Colombia mediante acto administrativo.

4. Quienes ingresen al territorio colombiano de manera regular a través del respectivo Puesto de Control Migratorio legalmente habilitado, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas migratorias, durante los primeros dos (2) años de vigencia del presente Estatuto. Este plazo se precisa en la Resolución 0971 de 2021, en el sentido de especificar que va “(...) desde el 29 de mayo de 2021 hasta el 28 de mayo de 2023” (artículo 2, núm. 4).

El Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV)

1. En cuanto al Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV), se establece que el mismo estará a cargo de Migración Colombia, que es forzoso para la población beneficiaria del Estatuto Temporal de Protección y que no altera el estatus migratorio, por lo que no otorga beneficios, ni equivale al reconocimiento de la condición de refugiado o de asilado. Para el registro se deberá acompañar, en el caso de los mayores de edad: (i) pasaporte; (ii) cédula de identidad venezolana; (iii) acta de nacimiento; o (iv) PEP. Su objeto se describe en los siguientes términos: “(...) recaudar y actualizar información como insumo para la formulación y diseño de políticas públicas, e identificar a los migrantes de nacionalidad venezolana que cumplen algunas de las condiciones establecidas [para acceder al Estatuto Temporal de

Protección]”.

1. En la Resolución 0971 de 2021 se precisa que el plazo para realizar el registro irá “a partir del 5 de mayo de 2021 y hasta el 28 de mayo de 2022”, con excepción de quienes ingresen de manera regular en los dos (2) años siguientes de vigencia del Estatuto, para los cuales el plazo se extiende hasta el 24 de noviembre de 2023. Los supuestos para proceder con el registro se encuentran previstos en el citado acto administrativo.

1. En lo que respecta al Permiso por Protección Temporal (PPT), se dispone que será desarrollado, implementado y expedido por Migración Colombia, y que su vigencia estará atada al término de permanencia del Estatuto Temporal de Protección. Se describe su naturaleza jurídica como el “(...) mecanismo de regularización migratoria y documento de identificación, que autoriza a los migrantes venezolanos a permanecer en el territorio nacional en condiciones de regularidad migratoria especiales, y a ejercer durante su vigencia, cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas”¹³⁹.

1. Como novedad se introduce que el PPT permitirá acreditar el tiempo de permanencia requerido para aplicar a una visa tipo R, en los términos y bajo las condiciones que establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores, con lo que se prevé un esquema de diálogo directo entre los mecanismos ordinarios y extraordinarios de regularización. Por lo demás, se establece que los PEP vigentes a la fecha de entrada en vigor del Estatuto (1° de junio de 2021), también podrán ser utilizados con tal fin.

1. La población beneficiaria del PPT es la misma descrita como titular del Estatuto Temporal de Protección, sin perjuicio de varios requisitos adicionales que se consagraron para acceder al permiso, similares a los que ya han sido mencionados en los mecanismos extraordinarios¹⁴⁰. Dado que es posible que frente a la población migrante irregular existan procesos sancionatorios por infracciones migratorias¹⁴¹, el Decreto 216 de 2021 señala que (i) aquellas que se encuentren en curso a la entrada en vigencia del Estatuto, por permanencia o ingreso irregular únicamente, se resolverán bajo criterios de proporcionalidad y favorabilidad, adoptando la decisión más idónea respecto de la finalidad de regularización que pretende el Estatuto; y (ii) frente a las novedades que se adviertan antes del 31 de enero de 2021, que no cuenten con auto de apertura, siempre que se trate de las mismas causales, se resuelve que ellas “(...) no constituyen investigaciones administrativas migratorias[;] [y, por ende] la autoridad migratoria podrá decidir de plano sobre ellas, absteniéndose de adelantar procesos administrativos sancionatorios [y] ordenando su archivo (...)”¹⁴².

1. Ante la necesidad de armonizar todo el régimen vigente, el artículo 16 del Decreto 216 de 2021 dispone lo siguiente: “Artículo 16. Concurrencia de permisos. El ciudadano venezolano que sea titular de un Permiso por Protección Temporal, no podrá contar con ningún otro tipo de permiso otorgado por (...) Migración Colombia o visa expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores. // En caso de presentarse la concurrencia entre permisos, incluido el salvoconducto de permanencia (SC-2) otorgado a los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado, la Autoridad Migratoria cancelará de manera automática cualquier permiso distinto al Permiso por Protección Temporal (PPT). // En caso de concurrencia entre visa y el Permiso por Protección Temporal, se cancelará de manera automática este último”. En línea con lo anterior, frente al solicitante de refugio, se señala que podrá escoger si desea continuar con dicho trámite o si opta por el PPT¹⁴³.

1. Con excepción del régimen extraordinario sobre refugiados, se advierte que el Decreto 216 de 2021 tiene una vocación de alcance general, por lo que, conforme a un régimen de transición, se espera que, en un plazo máximo de dos años, se sustituyan todos los PEP (PEP tradicional, PEP-RAMV, PEP-militares y PECP) y el PEPFF, en favor del Permiso por Protección Temporal (PPT).

1. Bajo esta premisa fundamental, se dispone que: (i) a partir de la fecha de publicación del Decreto no se expedirá ningún PEP; y (ii) que aquellos que se encuentren en vigor (incluido los PEPFF), quedarán prorrogados de forma automática por el término de dos años, desde la citada fecha. Por lo demás, (iii) se advierte que quienes eran titulares de un PEP y no lo renovaron dentro de los plazos establecidos, podrán hacerlo a partir de la regulación que expida Migración Colombia; (iv) beneficio similar al que podrán hacer aquellas personas que cumplían los requisitos para acceder al PEP, en los nuevos términos previstos en las Resoluciones 2052 y 2359 de 2020, y que no lo pudieron obtener en el plazo fijado para el efecto. Por último, (v) se autoriza que podrán seguir expidiéndose PEPFF por un término de 90 días a partir de la publicación del Decreto, con una vigencia máxima de dos años, contados a partir de esta última fecha¹⁴⁴.

1. En conclusión, es claro que en virtud del Decreto 216 de 2021 se dispone un esquema de transición que busca mantener los PEP y los PEPFF máximo por dos años (hasta el 28 de febrero de 2023), sin que se expidan nuevos, con la excepción de la autorización respecto de este último por el término de 90 días (el cual concluyó el 30 de mayo de 2021). No obstante, se protege a quienes no renovaron los PEP o a quienes no pudieron acceder a los mismos en las últimas oportunidades dispuestas para el efecto, en relación con los cuales se autoriza su expedición, siguiendo el marco de vigencia de los dos años (28 de febrero de 2023). En todo caso, se aclara que, previo a la terminación de la vigencia del Estatuto, “(...) el migrante venezolano que desee permanecer en el territorio colombiano deberá tramitar y obtener una visa expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores bajo los requisitos contemplados en

la ley”145.

1. Adicional a lo expuesto con anterioridad, cabe señalar que la Resolución 0971 de 2021 establece la forma de acreditar de manera sumaria el ingreso irregular al país antes del 31 de enero de 2021, con la finalidad de poder acceder a un PPT. En la práctica, se autorizan documentos de certificación que pueden provenir de entidades públicas colombianas, de personas jurídicas o de personas naturales, nacionales o que tengan cédula de extranjería expedida por Colombia. Tal regulación se consagra en el artículo 6 del citado acto administrativo146.

1. Finalmente, se precisa que el PPT tendrá “(...) elementos de seguridad necesarios para ser considerado como un documento de identificación, tales como código de lectura rápida, tintas de seguridad, diseños de fondos de seguridad, imagen secundaria [y] zona de lectura mecánica”147. Por lo demás, en cuanto a su vigencia, se especifica que irá “(...) hasta el 30 de mayo de 2031 y no será prorrogable, salvo que el Gobierno Nacional [así lo] decida (...)”148, entendiéndose que se podrá proceder a su cancelación por incurrir en infracciones migratorias, por riesgo para la seguridad nacional, por ausencia prolongada del territorio colombiano y por falsedades e inconsistencias en la información que se suministró para acceder a su otorgamiento149.

A. DEL MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN Y SU EXAMEN ARMÓNICO Y SISTEMÁTICO CON LOS MANDATOS DE LA CONSTITUCIÓN, CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS AL TRABAJO Y A LA SALUD

1. Esquema normativo internacional y regulación constitucional

1. La soberanía del Estado colombiano (preámbulo y CP art. 9) y la supremacía constitucional que obliga a los nacionales y extranjeros a acatar la Constitución y las leyes, y a respetar y obedecer a las autoridades (CP art. 4)150, fundamentan la posibilidad de regular la entrada y salida de extranjeros al país, así como las actividades que estos pueden desarrollar151. Además, el artículo 189.2 del Texto Superior radica en el Presidente de la República la función de dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo que abarca la posibilidad de definir la política migratoria. En línea con lo anterior, el artículo 100 de la Carta establece que “[l]os extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. (...) Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley”. Esta norma debe ser interpretada conforme al artículo 13 Superior, que prescribe que

“[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

1. De la interrelación de los citados mandatos, es posible afirmar que el goce de los derechos de los extranjeros no implica que en el ordenamiento jurídico colombiano esté proscrita la posibilidad de otorgar un tratamiento diferenciado respecto de los nacionales. En efecto, en principio, (i) los extranjeros tendrán los mismos derechos civiles que los colombianos, aunque la ley podrá, respecto de algunos de ellos, subordinar su ejercicio a condiciones especiales o negarlo, solo por razones de orden público; (ii) los extranjeros gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas por la Constitución y la ley; y (iii) a diferencia de lo que ocurre con otros criterios sospechosos, en materia de igualdad entre nacionales y extranjeros, su análisis no siempre impone la necesidad de acudir a un juicio estricto, pues de forma directa el Texto Superior atenúa la fuerza normativa de la expresión “origen nacional” del artículo 13, al permitir la limitación o supresión de algunos derechos y garantías para los extranjeros, en este último caso, acorde con los mandatos del artículo 100 de la Carta. Por ello, como lo ha señalado de forma reiterada esta corporación, “la intensidad del juicio de igualdad en los casos en que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho afectado y de la situación concreta a analizar”¹⁵².

1. Ahora bien, así como se reconocen de forma amplia los derechos de los extranjeros en el territorio colombiano, también estos se encuentran sometidos a cumplir con los deberes que el ordenamiento jurídico les establece, tal y como lo señalan los artículos 4 y 95 del Texto Superior. En el primero, al disponer que es “(...) deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes”; y, en el segundo, al consagrar que “[t]oda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.

1. El principal deber que surge para los extranjeros es, precisamente, el de regularizar su situación migratoria, pues de ella depende en gran parte la posibilidad de acceder al disfrute pleno de los derechos y de la oferta de servicios que brinda el Estado, como se advirtió en la sesión anterior de esta providencia. En todo caso, como medida correlativa y en aras de que tal deber pueda tornarse efectivo, surge la necesidad de desarrollar una política pública en la materia, en donde el Estado no puede ser indiferente a la situación de la migración irregular, ni a las dificultades que enfrentan los venezolanos para formalizar su situación. Lo anterior, en un marco de que, si bien parte de la discrecionalidad, como lo es la que brinda el artículo 189 de la Carta, su ejercicio debe hacerse con sujeción a criterios de legalidad, seguridad, certeza, razonabilidad, proporcionalidad y proscripción de la arbitrariedad (lo que abarca la exclusión de medidas discriminatorias¹⁵³).

1. Cabe señalar que, a nivel internacional, se ha admitido que la población migrante corresponde a personas puestas en situación de vulnerabilidad debido, entre otras razones, “a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como [a] las dificultades económicas y sociales y [a] los obstáculos para regresar a sus Estados de origen”¹⁵⁴, condiciones que se tornan especialmente gravosas, en cuanto se trata de migrantes irregulares. A ello se agrega que suelen ser objeto de “(...) manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante, (...) especialmente las mujeres y los niños (...)”¹⁵⁵.

1. Dentro de este contexto, para las Naciones Unidas, se impone a los Estados miembros los deberes de promover y proteger eficazmente los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes, y de condenar enérgicamente todas las formas de discriminación racial y de xenofobia, entre ellas, las que ocurran con ocasión del acceso y la permanencia en el empleo¹⁵⁶. Para tal efecto y como guía de actuación, se hace referencia a la importancia de cumplir, como mínimo, con la DUDH, el PIDCP, el PIDESC y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias (CRMW), instrumentos internacionales que, en el caso colombiano y como se destaca en las sentencias T-1319 de 2001, C-488 de 2009, C-469 de 2016 y SU-146 de 2020, más allá de que algunos de ellos integren al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, lo cierto es que todos pueden ser utilizados por la vía de su función interpretativa, dispuesta en el artículo 93.2 de la Constitución¹⁵⁷.

1. Bajo esta perspectiva, el artículo 2 de la DUDH establece que: “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)”. Por su parte, el PIDCP exige el cumplimiento de los derechos reconocidos en dicho instrumento a todas las personas que se encuentren en el territorio de cada Estado, sin distinciones suscitadas por el origen nacional¹⁵⁸, entre las pretensiones que se destacan se incluyen la garantía de la igualdad, la proscripción de la esclavitud y de trabajos forzosos y obligatorios¹⁵⁹. A lo anterior se agrega el PIDESC¹⁶⁰, en cuyos artículos 6 y 7, reconoce el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, con sujeción a los principios de (i) salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; (ii) con una remuneración que ofrezca condiciones de existencia dignas; (iii) sujeto a reglas de seguridad e higiene; y (iv) con igualdad de oportunidades, descanso remunerado y limitación razonable de las horas de trabajo, de tal forma que, a través de este derecho, se garanticen las libertades económicas de la persona. Por último, en el ámbito interamericano, el Protocolo de San Salvador¹⁶¹, en los artículos 6 y 9, dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, así como el derecho a la seguridad social, el que, en el caso de quienes se encuentren trabajando, abarca “al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional”¹⁶².

1. No obstante, y para efectos de esta sentencia, en términos de garantía del derecho al trabajo de la población migrante, como ya se advirtió, se encuentra la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CRMW)¹⁶³. En ella se destaca que, para comenzar, en su preámbulo, se admite la mayor gravedad que existe en la población migración irregular¹⁶⁴, ya que los trabajadores que se hallan en esa condición son “empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de los otros trabajadores y (...) para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”. Como respuesta a esta situación, la Convención encuentra que dicha práctica es susceptible de ser desalentada, “(...) si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios”¹⁶⁵.

1. Dentro de este marco, sin importar si se trata de migrantes regulares o irregulares, la CRMW establece lo siguiente:

* Artículo 18.1: “[l]os trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

* Artículo 24: “[l]os trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

* Artículo 25.1: “[l]os trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado en lo tocante a remuneración y de: (a) otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término; (b) otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo”.

* Artículo 25.3: “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”.

* Artículo 27: “[l]os trabajadores migratorios y sus familias gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que

cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”.

* Artículo 28: “[l]os trabajadores migratorios y sus familias tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esta atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”.

* Artículo 35: “[n]inguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención se interpretará en el sentido de que implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI de la presente Convención”.

* Artículo 67.1: “[l]os Estados Partes interesados cooperarán de la manera que resulte apropiada en la adopción de medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen cuando decidan regresar, cuando expire su permiso de residencia o empleo, o cuando se encuentren en situación irregular en el Estado de empleo.”

* Artículo 68.2: “[l]os Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

* Artículo 69.1: “[l]os Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.

1. Estos mandatos deben aplicarse en un esquema sistemático y armónico de exigibilidad jurídica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Texto Superior, en el que se dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, y que el mismo se desarrollará en condiciones dignas y justas. Para lo cual, el artículo 53 de la Carta establece los principios de (a) igualdad de oportunidades para los trabajadores; (b) el acceso a una remuneración mínima, vital y móvil; (c) con irrenunciabilidad de los beneficios mínimos previstos en las normas laborales; (d) con la invalidez de transigir derechos ciertos e indiscutibles; y (e) con la garantía de la seguridad social. Esta última, en materia de salud, supone la obligación de sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (CP art. 49).

1. Como se advierte de lo expuesto, tanto el marco nacional como el internacional proscriben la explotación laboral, reivindican la dignidad humana y permiten comprender a la población

migrante irregular, como un sujeto en condición de vulnerabilidad, en línea con lo señalado en el inciso 3° del artículo 13 Superior, dándole la condición de sujeto de especial protección. Al respecto, por ejemplo, en la sentencia T-956 de 2013 se manifestó que: “(...) debe resaltarse cómo desde el derecho internacional de los derechos humanos existe consenso acerca [de] que los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados, en virtud de las condiciones de indefensión en que usualmente se encuentran, derivadas, entre otros factores, de su desconocimiento de las prácticas jurídicas locales y del idioma en que se realizan esas prácticas, así como la ausencia de lazos familiares y comunitarios en el país al que arriban. Sobre este particular, a nivel internacional se ha reconocido que los migrantes indocumentados o en situación irregular son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que no viven en sus estados de origen y deben afrontar barreras de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas, sociales y los obstáculos para regresar a su país de origen.”¹⁶⁶

1. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se han pronunciado sobre los derechos de la población migrante, incluyendo la que se encuentra en situación irregular. A continuación, se expondrán algunos de los criterios sobre la materia.

1. En el caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana¹⁶⁷, la Corte IDH señaló que los Estados pueden otorgar tratos diferenciados que sean razonables y proporcionales entre nacionales y extranjeros, así como entre extranjeros documentados e indocumentados, siempre y cuando se respete el principio de igualdad y no discriminación y los derechos humanos.

1. Adicionalmente, en la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados¹⁶⁸, la Corte IDH expresó que “[l]os derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador”, que se adquiere cuando se realiza o va a realizar una actividad remunerada, de tal manera que “[u]na persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”.

1. También señaló que el Estado y los particulares no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados, pero si lo hacen, estos últimos “inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular”. Expuso dicho tribunal que con ello se enfrenta el problema consistente en “que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores”. A partir de lo anterior, resaltó que las relaciones entre los trabajadores

migrantes y los empleadores pueden dar lugar a responsabilidad internacional del Estado, cuando éste (i) no cumpla con su obligación de velar porque en su territorio se reconozcan y apliquen los derechos laborales y (ii) “cuando tolera acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación”. Lo anterior, teniendo en cuenta que “[e]n muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores indocumentados los derechos laborales”.

1. Por lo demás, mencionó que “en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Esto no debe ocurrir” e incluso, por más de que el trabajador migrante sea retornado a su país de origen, “tiene el derecho de hacerse representar ante el órgano competente[,] para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador”. Así, reconoció que los trabajadores migrantes irregulares se encuentran en situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, aunque poseen los mismos derechos laborales y “deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos”.

120. De otra parte, dentro del Sistema de Naciones Unidas, la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre derecho al trabajo, indicó que: “[l]os Estados Partes tienen la obligación de respetar el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente [a los] (...) grupos desfavorecidos y marginados, en particular presos o detenidos, miembros de minorías y trabajadores migratorios”. A su vez, el informe de la Organización de Estados Americanos (OEA) denominado Movilidad Humana, Estándares Interamericanos del año 2016, y la Recomendación 151 sobre trabajadores migrantes de la OIT, han solicitado a los Estados el reconocimiento de las garantías de los trabajadores migrantes, sin importar si se encuentran o no documentados. En este sentido, tal protección comprende el derecho a salarios justos, a la seguridad social, a condiciones de trabajo seguras y al pago de horas extras.

1. En conclusión, el Estado colombiano es soberano en la dirección de las relaciones internacionales, motivo por el cual tiene la atribución de regular la entrada y salida al país de los extranjeros y de determinar las actividades que estos están habilitados para ejercer, los cuales, como consecuencia de su ingreso al territorio nacional asumen el deber de cumplir con la Constitución y la ley, destacando, en particular, la obligación de regularizar su situación migratoria, pues de ella depende en gran parte la posibilidad de acceder al disfrute pleno de los derechos y de la oferta de servicios que brinda el Estado. Por regla general, los extranjeros gozan de los mismos derechos de los nacionales, sin perjuicio de lo cual es posible que la ley introduzca diferencias de trato entre ellos, e incluso entre los extranjeros por motivo de su ingreso regular o irregular, sin menoscabar el principio de igualdad (CP art.

13 y 100), siempre que la distinción se justifique de manera objetiva, razonable y no dé lugar a un trato discriminatorio o a una manifiesta desproporcionalidad.

1. Interpretada la Constitución Política en los artículos que refieren a los derechos al trabajo y a la salud (CP arts. 25, 49 y 53), a partir de varias herramientas internacionales de derechos humanos, como lo permite el artículo 93.2 del Texto Superior, la Sala concluye que es lícito que el Estado no solo establezca reglas atinentes al ingreso, permanencia y salida de las personas migrantes, sino que, igualmente, en desarrollo de dicha atribución, tiene la potestad de fijar medidas para el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas. De acuerdo con el régimen ordinario migratorio del otorgamiento de visas y de la cédula de extranjería, y sobre la base del régimen extraordinario que confiere permisos especiales, tales como el PEP o el PTT, se considera que el migrante regular, con sujeción a los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico, está autorizado para ejercer una actividad remunerada en el país, a diferencia de lo que ocurre con el migrante irregular, respecto del cual, como lo sostiene la Corte IDH, "(...) el Estado y los particulares (...) no están obligados a brindar trabajo (...)”¹⁶⁹, sin perjuicio de lo cual, al primero de los mencionados sujetos, sí le asiste y se le asigna la responsabilidad de adoptar políticas apropiadas para asegurar que la situación de irregularidad no persista, como lo disponen la CRMW y las Recomendaciones de las Naciones Unidas¹⁷⁰. Precisamente, en el primero de los instrumentos internacionales en cita, se admite que una buena práctica de los Estados para evitar las condiciones de explotación y abuso a las que suele enfrentarse el migrante irregular, es corrigiendo esta última condición, en aras de brindar ampliamente todos los derechos fundamentales a su favor¹⁷¹.

1. Ahora bien, y siguiendo lo anteriormente expuesto, aun cuando el Estado y los particulares pueden válidamente abstenerse de iniciar relaciones laborales con los migrantes irregulares, en caso de que sí lo hagan, están en la obligación de garantizar a dichas personas todos los derechos laborales de manera integral y en condiciones de igualdad, puesto que se trata de garantías que surgen de la condición de trabajador y no del estatus migratorio. Así lo admite la Corte IDH al señalar lo siguiente: "(...) si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierte en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular”¹⁷², y lo reitera la CRMW al disponer que: “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”.

1. La protección de los derechos laborales incluye la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que, con independencia del estatus migratorio, el extranjero tiene el poder de reclamar todos los derechos derivados de una relación de trabajo ante las autoridades

judiciales competentes. Así se deriva de lo previsto en el artículo 229 de la Constitución¹⁷³, en armonía con lo señalado en el artículo 18 de la CRMW¹⁷⁴ y con lo dispuesto por la Corte IDH, para la cual los migrantes irregulares tienen plena facultad para “acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos”, e incluso, por más de que el trabajador migrante sea retornado a su país de origen, debe preservársele la potestad “de hacerse representar ante el órgano competente[,] para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador”¹⁷⁵.

1. En lo que respecta a la salud, se advierte que, si un migrante irregular es contratado por el Estado o por un tercero, se asume a cargo de estos últimos las prestaciones propias del sistema, pues se trata de un derecho irrenunciable que recae en las personas y no en los ciudadanos¹⁷⁶. En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, siempre tendrá derecho a la cobertura de urgencias, la cual no podrá negarse por motivos de irregularidad, en lo que respecta a su estatus migratorio o a su permanencia en un empleo¹⁷⁷.

1. Finalmente, cabe señalar que los derechos objeto de estudio no excluyen la autonomía del Estado para decidir sobre el estatus de irregularidad de un migrante¹⁷⁸, ni para adoptar las medidas a que haya lugar en cumplimiento de las normas migratorias del respectivo país, más allá de que deba velar por el cumplimiento del régimen laboral aplicable, y de evitar que la situación de irregularidad se convierta en una herramienta para el abuso y la explotación laboral, lo que incluye impedir que los terceros desarrollen actividades o prácticas que perjudiquen a los trabajadores migrantes.

1. De las responsabilidades que surgen de la contratación de una persona migrante irregular

1. Como se ha advertido con anterioridad, quienes ingresan y permanecen en el país de forma irregular no están autorizados para realizar actividades de naturaleza laboral en Colombia¹⁷⁹, salvo que cumplan la regulación migratoria y laboral respectiva, como ocurrió en su momento con quienes fueron titulares del PEP-RAMV, o con la posibilidad transitoria de acceder al PEPFF (que concluyó el pasado 30 de mayo de 2021), o como se prevé con el PPT, siempre que la migración haya ocurrido antes del 31 de enero del año en curso¹⁸⁰.

1. Sobre esta base, corresponde determinar las responsabilidades que surgen por la contratación laboral de una persona indocumentada. Estas se abordarán desde dos perspectivas: la del Estado y la de los particulares que contratan los servicios de migrantes indocumentados.

Responsabilidades del Estado

1. Con fundamento en lo expuesto en esta providencia, al Estado le compete (i) cumplir con los fines esenciales del mismo (CP art. 2°); (ii) diseñar, ejecutar y vigilar autónomamente la política migratoria (CP arts. 4, 9, 100 y 189.2); y (iii) reconocer y garantizar a todos los habitantes los derechos humanos fundamentales, en particular, por razón de la controversia sometida a decisión, el derecho a la salud y los derechos laborales irrenunciables (preámbulo y CP art. 13, 25, 49 y 53).

1. En relación con el caso concreto, lo anterior implica la necesidad de que el Estado reconozca en condiciones de igualdad y no discriminación a Edwin Rafael Aponte Tuarez como sujeto de derechos laborales (en caso de que se acredite la existencia de un vínculo de tal naturaleza) y como titular del derecho a la salud (vinculado exclusivamente con el hecho de ser persona), y le otorgue la posibilidad de activar su derecho a la tutela judicial efectiva, para solicitar los derechos que reclama; sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el Estado colombiano en materia migratoria, las cuales deben ser consecuentes con la realidad de la migración Venezuela-Colombia, con la circunstancia de que es padre de una niña nacida en Colombia y con la naturaleza predominante económica y de supervivencia que explica su ingreso al país.

1. Por lo demás, el Estado se ve abocado a adoptar políticas que corrijan la situación de irregularidad, evitar que ella se convierta en una herramienta para el abuso y la explotación laboral, y preferiblemente abocar por soluciones que permitan garantizar al migrante todos los derechos humanos fundamentales, sin perjuicio de su atribución para hacer cumplir las disposiciones sobre ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional.

Responsabilidades de los particulares

1. En consideración a que todos los trabajadores tienen iguales derechos y a que el estatus migratorio no es un factor admisible de diferenciación entre ellos, los particulares que contraten a migrantes irregulares asumen la garantía integral de todos los derechos, prestaciones y acreencias laborales y de la seguridad social que se prevén en el ordenamiento jurídico.

1. Dentro de estas prestaciones se destacan las siguientes: el salario (CST arts. 127 a 148); el respeto de la jornada máxima y remuneración del trabajo nocturno y suplementario (CST arts. 161, 168, 169 y 170); los descansos obligatorios (CST arts. 172 a 185A), las vacaciones remuneradas (CST art. 186 a 192); el auxilio de cesantías, sus intereses y la indemnización por el no pago en tiempo (CST arts. 249 a 258); la prima de servicios (CST arts. 306 a 308); el auxilio de transporte (Ley 15 de 1959); la indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato (CST art. 64) y la indemnización por el no pago de acreencias (CST art. 65).

1. En lo que atañe al Sistema General de Seguridad Social (SGSS), cabe anotar que el ingreso de trabajadores dependientes e independientes supone que el afiliado cuente con un documento de identificación válido¹⁸¹, por lo que un migrante en situación irregular cuya condición aún no se haya regularizado (PPEP-RAMV, PEPFF, PPT o SC-2182) no tiene la posibilidad de ingresar al sistema. A pesar de ello, una vez adquiere la calidad de trabajador, con independencia de su situación migratoria, tiene derecho a que se le garanticen todas las previsiones sociales existentes en el ordenamiento jurídico¹⁸³, a saber: salud, pensión, riesgos laborales y servicios sociales complementarios.

1. Se descarta la posibilidad de asignar esta responsabilidad al Estado o al SGSS, principalmente por las siguientes razones: (i) porque el particular que contrata al extranjero indocumentado actúa de forma autónoma, libre y conociendo la imposibilidad jurídica de afiliación al sistema, de modo que asume los riesgos de forma consciente; y (ii) porque el SGSS se soporta sobre un marco de sostenibilidad financiera, lo que supone una relación directa entre los recursos que ingresan y egresan, siendo los aportes uno de sus ejes fundamentales. Por otra parte, tampoco es posible endilgar responsabilidad al migrante irregular, (a) porque ello anularía el concepto mismo de seguridad social, consistente en el aseguramiento de las contingencias propias del trabajo y la vida; (b) porque daría lugar a desigualdad de trato injustificado respecto de otros trabajadores; y (iii) porque al efectuar el trabajo en condiciones sociales y económicas precarias, lo que seguramente obtiene la persona, son los medios básicos para el sustento suyo y de su familia.

1. De ahí que, el empleador que opta por contratar a los migrantes irregulares, por fuera de los esquemas de regularización que ha previsto el Estado, se subroga en las obligaciones propias de la seguridad social. Sobre el particular, el parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993 prescribe que “[l]a atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente”. Así mismo, el artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994¹⁸⁴ dispone lo siguiente: “[e]l incumplimiento de la afiliación al Sistema General de Riesgos [Laborales], le acarrearán a los empleadores y responsables de la cotización, además de las sanciones previstas por el Código Sustantivo de Trabajo, la legislación laboral vigente y la Ley 100 de 1993, o normas que las modifiquen, incorporen o reglamenten, las obligaciones de reconocer y pagar al trabajador las prestaciones consagradas en el presente Decreto”.

1. En conclusión, a los particulares les asiste la obligación de garantizar a sus trabajadores todos los derechos laborales y sociales que surgen de las relaciones de trabajo, dado que se trata de derechos universales, en cabeza de todas las personas -no solamente de los ciudadanos-, respecto de los cuales el estatus migratorio no es un factor admisible de

diferenciación. En este sentido, quienes optan por dar empleo a personas no habilitadas por la legislación colombiana para tal fin, deben garantizar la totalidad de derechos, prestaciones y acreencias laborales que surjan de la relación de trabajo, y se subrogan en las obligaciones y riesgos propios del Sistema de Seguridad Social, particularmente en materia de salud y riesgos laborales.

A. DEL EXAMEN DE LA SITUACIÓN MIGRATORIA DEL ACCIONANTE Y DE LAS MEDIDAS QUE CABE ADOPTAR SOBRE EL PARTICULAR

1. Como se señaló en el acápite de antecedentes, el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez se encuentra en Colombia en condición de migrante irregular. Vistos los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico colombiano para regularizar su situación migratoria, se advierte que, por una parte, se halla dentro de la población beneficiaria del Permiso por Protección Temporal (PPT) previsto en el Decreto 216 de 2021, ya que ingresó al territorio nacional con anterioridad al 31 de enero del año en cita (art. 4); y, por la otra, puede ser titular de una visa tipo "R", en los términos de la Resolución 6045 de 2017, por ser padre de un nacional colombiano por nacimiento, esto es, por su hija que nació en el territorio colombiano (CP art. 96 y Ley 1997 de 2019).

1. Dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la población migrante irregular, y como medida de protección a favor del actor, se ordenará que, por conducto de la Defensoría del Pueblo¹⁸⁵, se brinde acompañamiento permanente al señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, para que, (i) a través de un Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Migración Colombia, se otorgue inicialmente a su favor un salvoconducto SC-2 (Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.1.11.4.9), (ii) mientras se surten los trámites respectivos que permitan su regularización, con el otorgamiento del Permiso por Protección Temporal (PPT) o de una visa tipo "R", siempre que se cumplan con todos los requisitos y exigencias migratorias que se disponen en el ordenamiento jurídico.

1. En línea con lo anterior, se instará a Migración Colombia y al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que, en el ámbito de competencia de cada uno de dichos organismos, faciliten el proceso de otorgamiento del salvoconducto SC-2 y del Permiso por Protección Temporal (PPT) o de una visa tipo "R", a favor del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, en virtud del examen realizado en esta providencia y siempre que se cumplan con todos los requisitos y exigencias migratorias que se disponen en el ordenamiento jurídico.

1. En particular, respecto de la obligación de cancelar previamente la sanción a la que haya lugar, para efectos de obtener el salvoconducto SC-2, cabe disponer el archivo de cualquier investigación administrativa migratoria relativa a la permanencia o ingreso irregular, en

virtud de lo previsto en el párrafo 4 del artículo 12 del Decreto 216 de 2021. Por su parte, frente a la causal atinente a desarrollar actividades remuneradas sin estar autorizado para ello, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1067 de 2015, cabe tener en cuenta que dicha situación no ha sido probada y que, en todo caso, de ser así, se debe valorar el estado de necesidad que lleva a los migrantes irregulares a tener que buscar una fuente de ingresos para poder subsistir.

A. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

1. Antes de realizar el estudio de fondo del expediente seleccionado, la Sala analizará si la acción de tutela objeto de revisión cumple con los requisitos generales de procedencia, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia de la Corte¹⁸⁶. Se trata de examinar (i) si la controversia versa sobre la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado; (ii) si las partes están legitimadas para actuar en el proceso; y (iii) si se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

Presunta afectación de, al menos, un derecho fundamental

1. La finalidad de la acción de tutela es la protección expedita de los derechos fundamentales, como centro gravitacional de un Estado social de derecho, motivo por el cual es indispensable verificar que, a través de esta vía judicial, se pretenda la cesación en la amenaza o en la vulneración de un derecho de tal condición jurídica. Así lo dispone expresamente el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991¹⁸⁷.

1. En el asunto bajo examen, los derechos cuya protección solicita el accionante son la vida digna, el mínimo vital, la estabilidad laboral y la seguridad social, este último con especial énfasis en la salvaguarda del derecho a la salud. Para efectos del estudio que se adelantará por la Corte y teniendo en cuenta las medidas de restablecimiento que se invocan por el demandante (supra, núm. 11), cabe agrupar el objeto del litigio, en dos grandes bloques de derechos objeto de reclamación.

1. Inicialmente, se encuentra el bloque que comprende la solicitud de amparo de los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, pues el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez alega que existió una relación de trabajo con los señores Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez, prestando sus servicios en el Depósito PV, desde el 22 de noviembre de 2018, en virtud de un contrato de trabajo verbal. No obstante, luego de un accidente ocurrido el día 6 de marzo de 2019, los demandados no autorizaron su continuidad en las labores que venía ejecutando, ni le reconocieron sus derechos laborales y de la

seguridad social. Por tal razón, al invocar sus pretensiones, pide que se ordene (i) su reintegro al cargo que venía desempeñando; (ii) que se paguen los salarios dejados de percibir hasta que se ejecute la citada orden; y (iii) que se disponga el reconocimiento de todos sus derechos laborales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones y riesgos laborales).

1. Por el contrario, la parte demandada niega la existencia de una relación laboral, alega que no existe ninguna prueba -ni siquiera sumaria- que la acredite y que las actuaciones que se llevaron a cabo por el señor Aponte Tuarez lo fueron por mera liberalidad, sin subordinación y en respuesta a la ayuda humanitaria que le fue prestada por la pareja Páez Vargas, adultos mayores que superan los 76 y 83 años.

1. Como se advierte de lo expuesto, el debate que se plantea implica, en primer lugar, determinar si efectivamente existió una relación laboral entre las partes de esta controversia, por lo que el amparo giraría alrededor de la defensa del derecho al trabajo; y, en segundo lugar, siempre que se acredite la existencia de dicho vínculo jurídico, examinar si el actor fue ilegalmente despedido, sin la autorización de los inspectores de trabajo y en contravía de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, pues con ocasión del accidente ocurrido el día 6 de marzo de 2019, al caer de un vehículo de propiedad de la señora Vargas de Páez, mientras manipulaba mercancía de la ferretería, sufrió una fractura de la epífisis de su radio derecho, la cual condujo a la inmovilización de su mano, impidiéndole vincularse a otro trabajo por su afección en salud.

1. La tutela que se solicita de los derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social integral hace parte de este primer bloque, y su defensa se originaría como consecuencia de la prosperidad de la reclamación realizada por el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez. Los dos primeros, porque al obtener el reconocimiento de una relación laboral y del reintegro a las presuntas funciones que venía ejecutando, se obtendría el pago de un salario y de un conjunto amplio de prestaciones sociales, con las cuales el actor aseguraría el acceso a unas condiciones básicas de existencia, tanto para él como para su familia, en defensa de sus derechos a la vida digna y al mínimo vital. Y, frente al tercero, porque de existir una relación de trabajo, los demandados tendrían que cumplir con las obligaciones de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social, en salvaguarda de ese derecho, plasmado en el artículo 48 de la Carta y desarrollado por la Ley 100 de 1993.

1. Por lo anterior, más allá del amparo que por consecuencia se produciría respecto de los citados derechos, el debate que debe ser objeto de resolución por la Corte se enfoca en la protección de los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, ambos admitidos como derechos fundamentales. En efecto, respecto del derecho al trabajo, y dado su consagración en el artículo 25 de la Constitución¹⁸⁸, este tribunal ha dicho que: “El derecho

al trabajo como valor fundante del Estado Social de Derecho en la Constitución Política de 1991, se encuentra consagrado en el preámbulo y [en] el artículo 1º Superior, e igualmente se encuentra estipulado como principio rector del ordenamiento jurídico y derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, los cuales determinan que el trabajo es un derecho y un deber social, de carácter fundamental [y] progresivo”189.

1. Por su parte, en cuanto a la estabilidad laboral reforzada, este tribunal ha expuesto lo siguiente: “(...) el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, a la luz de la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, se concreta en obligación que tiene el empleador de respetar el procedimiento preestablecido para dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. De esta manera, ha sostenido la Corte que si el empleador no procede conforme lo establecido recae sobre él una presunción de despido sin justa causa y por ende discriminatorio.”190. Los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, siguiendo lo expuesto en la sentencia T-399 de 2020, son: (i) las mujeres embarazadas191; (ii) las personas en estado de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta con ocasión de su salud192 como se invoca en el caso bajo examen por el demandante; (iii) los aforados sindicales193; y (iv) en ciertos casos, las madres o los padres cabeza de hogar194, pues el objetivo de este derecho es el de “(...) proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña”195.

1. El segundo gran bloque de derechos objeto de protección, se concreta de manera particular y específica en el examen del derecho a la salud, cuya vulneración vendría dada, por una parte, por los problemas de atención que se reclaman por el accionante respecto de la fractura de la epífisis de su radio derecho, la cual originó la inmovilización de la mano. De acreditarse la existencia de la relación laboral, y de llegar a concluirse que se trató de un accidente de trabajo, dada la falta de afiliación al sistema del señor Aponte Tuarez, es claro que las coberturas de amparo deberán ser brindadas por el empleador. Por el contrario, en el evento en que no se constate que se está en presencia de un contrato de trabajo, es viable en todo caso el examen de este derecho, pero en lo atinente al régimen de protección que se otorga en el ordenamiento jurídico a la población migrante irregular, por las características de ingreso al país del demandante. Y, por la otra, es también susceptible de estudio el derecho a la salud, en lo relativo a la pretensión vinculada con el pago que alega el actor de las incapacidades médicas que se originaron por el accidente ocurrido el día 6 de marzo de 2019.

1. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la salud es igualmente un derecho fundamental y, por ende, susceptible de protección por la vía de la acción de tutela. Sobre el particular, en la sentencia T-760 de 2008 se manifestó que: “(...) el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y (...), en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.”196 Esta categorización también fue admitida por el

legislador, como se constata en el artículo 2° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en el que se dispone que: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.”¹⁹⁷

1. En conclusión, aunque el grueso de las solicitudes de la acción de tutela tenga un componente eminentemente económico, efectivamente involucran la garantía de los derechos fundamentales del accionante. En particular, la Corte debe pronunciarse principalmente sobre los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud, conforme a las explicaciones brindadas en los numerales anteriores de esta sentencia.

Legitimación en la causa por activa

1. Este requisito 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 porque actúa a través de un tercero habilitado para el efecto, por ejemplo, mediante el uso de la agencia oficiosa.

1. Al respecto, el artículo 86 constitucional señala que “toda persona tendrá acción de tutela”. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “[l]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.

1. Con base en ello, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que “la Carta no prevé una diferenciación respecto de nacionales o extranjeros en lo que concierne a [la] legitimación para reclamar protección por vía de tutela, por lo que ostentar la ciudadanía colombiana no es una condición necesaria para acudir a este mecanismo”¹⁹⁸. En efecto, en materia de legitimación por activa, el texto superior es inequívoco en exigir la acreditación de la calidad de persona, y ella se otorga a todo ser humano, sin consideración a su nacionalidad y a su situación migratoria.

1. De esta manera, se colige entonces que el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, en calidad de extranjero y de migrante irregular, está legitimado por activa para instaurar la acción de tutela en procura de la protección de sus derechos fundamentales. Esta conclusión se refuerza con una lectura armónica y sistemática de los tratados y convenios que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, por una parte, tanto en el PIDCP como la CADH señalan la garantía inherente de toda persona de contar con un recurso judicial amplio y sencillo para amparar sus derechos fundamentales, sin importar el origen nacional¹⁹⁹; y por la otra, en el ámbito particular y específico de la CRMW, se dispone la

salvaguarda del derecho a la igualdad en el acceso a los tribunales y cortes de justicia, para todos los trabajadores migratorios²⁰⁰, incluso para quienes reclaman dicha condición, con independencia de su situación migratoria²⁰¹.

1. En este contexto, se observa que, aunque el documento de identificación personal de su país natal presentado por el accionante no es válido en Colombia²⁰², ni siquiera para acreditar su calidad de ciudadano foráneo, pues para ello requeriría al menos mostrar su pasaporte²⁰³, para esta corporación es claro que, en todo caso, sin que importe su origen nacional, se trata de “una persona”, y por tal condición es titular del derecho a ejercer e interponer la acción de tutela, en los términos del artículo 86 constitucional.

1. Por lo demás, este tribunal ha reiterado que, atendiendo a la finalidad y al carácter informal del amparo constitucional, no cabe exigir la presentación de documentos de identificación que impidan el acceso a la administración de justicia, para dar curso a una acción prevista para la protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, que se sujetan a la acreditación de la condición de persona y no a la titularidad de una ciudadanía. Por tal motivo, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, al establecer los requisitos que deben acompañar una solicitud de amparo, no exige anexar la cédula de ciudadanía o la tarjeta de identificación de una persona, sino tan solo expresar su nombre y su lugar de residencia, pues con ello es posible identificar y distinguir al titular de los derechos que se reclaman, para efectos de darle curso a la acción²⁰⁴. Esto es particularmente relevante con ocasión del fenómeno migratorio de personas provenientes de Venezuela, ya que existe un importante grupo poblacional que ha ingresado al país sin documentos válidos en el extranjero, por motivo de la crisis que atraviesa dicha Nación y de las limitaciones y restricciones trazadas por sus autoridades (supra, núm. 67).

1. Por consiguiente, el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez se encuentra legitimado por activa para promover la presente tutela, tanto por su condición de persona como por ser el titular de los derechos cuya protección se reclaman, los cuales, como se indicó en el acápite anterior de esta providencia, se unifican y articulan para efectos de su estudio, por una parte, en los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada y, por la otra, en el derecho a la salud.

Legitimación en la causa por pasiva

1. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela procede contra “cualquier autoridad pública”, y asigna a la ley la definición de los casos en los que esta “procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

1. De esta manera, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que el recurso de amparo procederá contra las acciones u omisiones de particulares, en los siguientes supuestos: (i) contra quien esté a cargo de la prestación de un servicio público; (ii) cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre que el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización; (iii) cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución, relativo a la prohibición de esclavitud, servidumbre y trata de personas; (iv) cuando previamente haya sido formulada solicitud en ejercicio del derecho al habeas data; (v) cuando se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas; (vi) cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas; y (vii) cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción.

1. En todo caso, y sobre la base de lo expuesto, la Corte ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos requisitos: (1) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (2) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión²⁰⁵.

1. En primera medida, en cuanto a la acreditación del sujeto respecto del cual se interpone el amparo, esta corporación evidencia que en esta oportunidad se demanda a un particular, por lo que debe verificarse que se encuentre en alguno de los supuestos mencionados en el artículo 86 de la Constitución y que han sido objeto de precisión y desarrollo en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

1. Para esta Sala de Revisión, el único criterio que sirve de parámetro de análisis en el presente caso es el previsto en el numeral 9 de la última de las normas en cita, referente a que el accionante “se encuentre en [una] situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se [interpone] la acción”.

1. En cuanto a esta hipótesis de procedencia, la Corte ha establecido que su fundamento se encuentra en la disgregación del principio de igualdad que rige las relaciones privadas, dada la atribución que se asume por un sujeto para dictar órdenes o para atribuir reglas de comportamiento a otro, por fuera del plano de equivalencia en el que generalmente se hallan los particulares, generando una asimetría en las posibilidades de defensa²⁰⁶.

1. La Corte, a través de su jurisprudencia²⁰⁷, ha diferenciado las figuras de la subordinación e indefensión, por tratarse de conceptos distintos. Desde el año 1993, este tribunal ha

explicado que “la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus [empleadores], o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”²⁰⁸.

1. Sobre la indefensión, en particular, se ha dicho que “(...) se manifiesta cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular carece de medios físicos o jurídicos de defensa, o los medios y elementos con que cuenta resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra inerme o desamparada”²⁰⁹.

1. Por ello, “[e]l estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes (condiciones económicas, sociales, culturales, antecedentes personales, etc.). Evidentemente, el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo [con el] tipo de vínculo que exista entre ambos”²¹⁰.

1. Algunas de las situaciones que pueden dar lugar a una condición de indefensión, identificadas por la Corte de manera enunciativa, son las siguientes: “(i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales[,] eficaces e idóneos[,] que le permitan conjurar la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular; (ii) quienes se encuentran en situación de marginación social y económica; (iii) personas de la tercera edad; (iv) discapacitados; (v) menores de edad; (vi) la imposibilidad de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular; (vii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes como en la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. y, (viii) el uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro”²¹¹.

1. En este orden de ideas, se iniciará por el análisis de las condiciones de indefensión, pues a partir de lo anterior, se advierte que la evaluación del estado de subordinación implica ab initio entrar al punto central del objeto del litigio, consistente en determinar si entre las

partes existió o no una relación laboral, de tal forma que tan solo se realizará esta última indagación, si se determina que no existe indefensión en la causa. Con todo, previamente corresponde a la Corte hacer dos precisiones, una sobre el Depósito PV y otra sobre la señora Rosa del Carmen Vargas de Páez.

1. Sobre el particular, se recuerda que en la demanda de tutela se indica que la acción va dirigida contra el señor Crisanto Páez Espitia, en calidad de propietario del establecimiento de comercio de nombre Depósito de Materiales Páez Vargas. Por su parte, en la contestación se alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que el mencionado señor no es el dueño ni representante legal del establecimiento del cual se reclama la existencia del vínculo laboral y, además, que el nombre comercial no corresponde a Depósito PV sino a Ferretería Páez Vargas. A su vez, la señora Rosa del Carmen Vargas de Páez intervino en el proceso y acreditó que es la propietaria del citado bien comercial, el cual se identifica con la denominación reseñada en el escrito de oposición a la tutela²¹².

1. En respuesta a las alegaciones formuladas, en primer lugar, cabe señalar que el establecimiento de comercio se define en el artículo 515 del Código de Comercio, como “el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”. De esta manera, conforme a lo prescrito en la ley, es claro que los establecimientos de comercio carecen de personería jurídica y que su titularidad, al ser bienes de naturaleza comercial, se predica exclusivamente de una persona natural o jurídica que tenga la condición de comerciante²¹³.

1. Por virtud de lo anterior, para efectos de determinar la existencia de una relación laboral, es indiferente el nombre que tenga el establecimiento de comercio, los usos que prevalezcan para su identificación e incluso el rotulo como aparezca registrado en la Cámara de Comercio, ya que lo determinante es que un vínculo de la citada naturaleza tan solo se ostenta respecto de otra persona (natural o jurídica), y no frente a bienes de carácter mercantil. Así lo disponen los artículos 5 y 22 del Código Sustantivo del Trabajo. El primero, al señalar que el trabajo corresponde a “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra (...)”²¹⁴, y, el segundo, al establecer que un contrato de trabajo es “aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”²¹⁵. Por tal motivo, a pesar de que el establecimiento de comercio reseñado en el caso sub-judice efectivamente tiene el nombre de Ferretería Páez Vargas, no cabe duda de que la denominación utilizada por el accionante y que ha sido replicada en esta sentencia, en nada afecta la pretensión formulada y tampoco enerva la legitimación en la causa por pasiva, pues de existir una relación de carácter laboral, la misma únicamente sería predicable de las personas naturales que han concurrido a este proceso y en relación con las

cuales, o se invoca o se pretende descartar, la condición de empleador.

1. En segundo lugar, se observa que, aunque la demanda de tutela fue instaurada tan solo contra el señor Crisanto Páez Espitia²¹⁶, la respuesta a la misma esta signada por él y por la señora Rosa del Carmen Vargas de Páez. Así mismo, Crisanto Páez y Rosa del Carmen han actuado conjuntamente desde el inicio y durante todo el proceso²¹⁷, realizando iguales afirmaciones y empleando los mismos argumentos de defensa. De ahí que, aunque el establecimiento de comercio tenga como única titular a la citada señora Vargas de Paz, tal situación en nada afecta la invocación que se hace respecto de la determinación de la relación laboral que se reclama, por cuanto la misma podría predicarse de las dos personas naturales previamente mencionadas, pues los hechos que se alegan como justificativos de ese vínculo prevén la ejecución personal de una actividad a favor de ambas, por más de que el bien en donde aparentemente se prestó el servicio, aparezca bajo la propiedad de solo uno de los sujetos involucrados en la controversia.

1. Por lo demás, en términos de garantía del debido proceso, se entiende que el señor Crisanto Páez fue vinculado a través de la comunicación enviada por el juez de primera instancia²¹⁸; mientras que la señora Vargas de Páez lo fue por conducta concluyente del auto mediante el cual se avocó el conocimiento de la acción de tutela²¹⁹.

1. A partir de lo anterior, debe establecerse si los particulares Crisanto Páez Espitia y Rosa del Carmen Vargas de Páez están legitimados en la causa por pasiva para actuar en este trámite constitucional en calidad de accionados. Para ello, como se mencionó con anterioridad, se indagará si el demandante se halla en una situación de indefensión, lo que supone constatar, por una parte, si tiene a su disposición un medio de defensa judicial y, por la otra, si dada su condición particular y concreta, siendo una persona extranjera, proveniente de Venezuela, con dificultades económicas y con permanencia en el territorio colombiano de carácter irregular, realmente tiene la capacidad de acceder al mismo, sin que se adviertan restricciones de orden procesal.

1. En cuanto a los medios jurídicos, es relevante mencionar que, de acuerdo con lo previsto en el Código General del Proceso, la capacidad para ser parte en un proceso la tienen todas las personas naturales y jurídicas, sin perjuicio de su extensión a otros entes jurídicos por virtud de la decisión del legislador²²⁰. En este sentido, es claro que la condición del actor y su situación migratoria es indiferente para efectos de acudir a la administración de justicia y poder plantear una demanda (CP art. 229), con el fin de obtener el reconocimiento de los derechos que se reclaman, por cuanto acredita la condición de persona natural, la cual, según el artículo 74 del Código Civil, corresponde a todo "individu[o] de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

1. De igual manera, el accionante tiene capacidad procesal o capacidad para comparecer al proceso por sí mismo, en la medida en que, por su condición de ser una persona mayor de edad, puede disponer libremente de sus derechos y, además, no se advierte ninguna circunstancia de incapacidad²²¹ o de sujeción a apoyos judiciales²²², con miras a ejecutar libremente actos de carácter sustancial o procesal. Bajo esta explicación, en principio, no existe limitante alguna para que el actor pueda comparecer a un proceso y promover una demanda contra los señores Crisanto Páez Espitia y Rosa del Carmen Vargas de Páez. En efecto, en línea con lo expuesto, el artículo 54 del Código General del Proceso señala que: “Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen la capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales. (...)”²²³.

1. En la medida en que los derechos fundamentales cuya protección se solicita giran alrededor del reconocimiento de la existencia de una relación de carácter laboral (derecho al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud), la Corte advierte que existe un medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico al cual podría recurrir el accionante, consistente en plantear una demanda ante la Jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, teniendo en cuenta que goza de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, en los términos previamente expuestos.

1. Precisamente, el artículo 2° de la Ley 712 de 2001 dispone que le compete a la citada jurisdicción conocer de “[l]os conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo” y “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”²²⁴.

1. Ahora bien, por regla general, para poder presentar una demanda ante las autoridades judiciales, se requiere la participación de un abogado titulado, con la salvedad de que el artículo 229 de la Constitución establece que la ley indicará en qué casos las personas podrán acceder a la administración de justicia, sin la representación de un profesional del derecho. Esta misma regla se repite en el artículo 73 del Código General del Proceso (CGP), al establecer que: “Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa”.

1. Dichas hipótesis exceptivas están contempladas en el artículo 28 del Decreto 196 de

1971225. Con todo, cuando se trata de procesos laborales, existe una norma particular y concreta sobre la materia prevista en el artículo 33 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), conforme a la cual: “[p]ara litigar en causa propia o ajena se requerirá ser abogado inscrito, salvo las excepciones de que trata la Ley 69 de 1945. Las partes podrán actuar por sí mismas, sin intervención de abogados, en proceso de única instancia y en las audiencias de conciliación”²²⁶.

1. A su vez, para poder establecer cuáles procesos son de única instancia, debe acudirse al artículo 12 de la misma codificación, de acuerdo con el cual son de esa naturaleza los negocios cuya cuantía no exceda los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1. En el caso sub-judice, las pretensiones no están cuantificadas para determinar si el accionante estaría habilitado para litigar en causa propia. No obstante, tal examen resulta innecesario, toda vez que, tanto para presentar la demanda (ya sea en medio físico o por vía digital), como para poder otorgar un poder de representación judicial, cuando se debe acudir ante los jueces con la intervención de un abogado, no se advierte que en Colombia exista una limitante para que un extranjero puede recurrir a la administración de justicia, y obtener la defensa o el restablecimiento de los derechos que considera vulnerados.

1. En efecto, con miras a presentar una demanda, el artículo 82 del CGP fija los requisitos que se deben acreditar para que esta actuación permita dar curso a un proceso. De manera concreta, el numeral 2 del precepto legal en cita establece que: “Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: (...) 2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT).”²²⁷

1. Como se infiere del contenido normativo de la disposición previamente transcrita, al momento de impetrar una demanda, el accionante debe proceder a su identificación, pues no cabe acudir a la administración de justicia a través de escritos anónimos o en los que se oculte la persona que tiene interés en la causa. Para tal efecto, se impone la obligación de declarar el nombre y el domicilio, y de indicar el número de identificación, el cual, para el caso de los extranjeros, en ningún momento se somete a la refrendación de un documento válido de identificación en Colombia, por las siguientes cinco razones.

1. En primer lugar, porque la norma no introduce distinción alguna, de suerte que, para el intérprete, así como es posible hacer uso de los documentos que validan la permanencia de

una persona en el territorio colombiano²²⁸, igualmente cabría utilizar cualquier otro instrumento que permita establecer, demostrar o reconocer la identidad de una persona, como fin que justifica la consagración del citado requisito. En este sentido, se impone el principio de interpretación conforme al cual donde la ley no consagra diferencia, no le es válido al operador hacerlo (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

1. En segundo lugar, porque las normas procesales son de orden público (CGP art. 13), lo que implica que su rigor normativo no puede ser derogado, modificado o sustituido por los funcionarios judiciales. Bajo esta premisa, no podría exigirse un número de identificación válido en Colombia, cuando esta última condición es inexistente. Precisamente, en algunos casos la imposición de este requisito resultaría manifiestamente irrazonable, como ocurriría cuando un extranjero mantiene negocios o propiedades en Colombia, pero jamás ha visitado el país y no desea hacerlo.

1. En tercer lugar, aun cuando podría pensarse que en aquellos casos en que un extranjero reside, habita o se encuentra en el territorio colombiano, la carga de indicar el número de identificación debería corresponder al de un documento válido en Colombia, tal exigencia, además de ser contraria al carácter de orden público de las normas procesales y de contradecir la técnica de interpretación textual o semántica de las disposiciones jurídicas, negaría los dos atributos básicos de los cuales depende el ejercicio del derecho de acción (CP art. 229), esto es, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que se predicen de cualquier persona natural que pueda disponer libremente de sus derechos, sin consideración a su estatus nacional o a su situación migratoria particular.

1. En cuarto lugar, exigir una identificación válida en Colombia, sea que el extranjero tenga o no la condición de residente en el territorio colombiano, cuando la norma legal no lo hace supondría un sacrificio desproporcionado al derecho de acceso a la administración de justicia, el cual ha sido admitido como un derecho fundamental²²⁹, que obliga al Estado a asegurar la existencia -como mínimo- de una vía procesal de carácter judicial, para que todo individuo pueda realizar plenamente sus derechos sustanciales. En este sentido, en la sentencia T-351 de 2019, al aludir a la sentencia T-283 de 2013, se manifestó por la Corte que el Estado tiene una obligación de respeto, por virtud de la cual: “el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar decisiones que impiden o dificultan el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género o la nacionalidad”²³⁰. Esto significa que, visto desde una perspectiva pro homine y con miras a no cercenar la posibilidad de acudir ante los jueces en defensa de sus derechos, cuando la norma exige revelar el número de identificación, en el caso de los extranjeros, (i) no solo cabrían aquellos que correspondan a los documentos válidos expedidos para su permanencia en Colombia, sino (ii) también aquellos otros que, como ocurre con los documentos de identificación de sus propios Estados, en caso de que ellos los tuvieran, permitan establecer, demostrar o reconocer la identidad de una persona.

1. En quinto y último lugar, por vía del bloque de constitucionalidad en su función interpretativa, dispuesta en el artículo 93.2 de la Carta, no cabe duda de que la protección de los derechos laborales de todas las personas debe incluir la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el extranjero, con independencia de su estatus migratorio, tiene la facultad para reclamar todos los derechos y prestaciones que se derivan de una relación de trabajo, previo reconocimiento de la misma, ante las autoridades judiciales competentes. Así se deriva de lo previsto en el artículo 229 del Texto Superior, al señalar que se garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”²³¹, cuya proyección, en el caso del derecho al trabajo, se expresa en asegurar los derechos ciertos e indiscutibles y en preservar la “irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en [las] normas laborales”²³², en armonía con lo dispuesto en el artículo 18 de la CRMW y con lo manifestado por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-18/03.

1. En cuanto al primero, al disponer que: “Los trabajadores migratorios (...) tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”²³³. Y, en lo referente a la segunda, al establecer en la citada opinión consultiva, que los migrantes irregulares tienen plena facultad para acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos, destacando que: “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio”²³⁴. Por ende, es claro que el acceso a la justicia y, en especial, a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, se predica por igual de todas las personas (nacionales y extranjeros) sin distinción. Y que, precisamente, con el propósito de no vulnerar esta garantía constitucional, el requisito de indicar el número de identificación de la parte accionante, no puede limitarse a los documentos válidos expedidos para admitir la permanencia de un extranjero en Colombia, toda vez que un entendimiento en dicho sentido cercenaría la intangibilidad del acceso a la administración de justicia y al debido proceso, al menos, para los migrantes irregulares, que no cuentan con uno de tales documentos, cuando, como lo advierte la Corte IDH, se trata de un conjunto de prerrogativas que deben comprender a “todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna”²³⁵.

1. En la medida en que la discusión que es objeto de examen gira, como ya se ha dicho, alrededor del reconocimiento de la existencia de una relación de carácter laboral, por lo que sería de competencia de la Jurisdicción Ordinaria, precisamente, en su especialidad laboral y de la seguridad social, cabe examinar si los requisitos que debe contener una demanda son exactamente iguales, en el punto objeto de análisis, a los previstos en el artículo 82 del CGP, previamente reseñados.

1. Sobre el particular, se advierte que el artículo 12 de la Ley 712 de 2001, al regular la materia, dispone que la demanda laboral deberá contener: "(...) 2. El nombre de las partes y el de su representante, si aquellas no comparecen o pueden comparecer por sí mismas. // 3. El domicilio y la dirección de las partes, y si se ignora la del demandado o la de su representante si fuere el caso, se indicará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda". Conforme se deriva de la transcripción del citado precepto normativo, en materia laboral, es indiscutible que no se exige indicar el número de identificación de ninguna de las partes, pues los requisitos que se imponen se limitan a la obligación de declarar el nombre y el domicilio (lo que abarca la dirección).

1. De esta manera, la regulación que existe frente a los procesos de carácter laboral se inscribe de manera directa en (i) la protección de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, (ii) responde de forma efectiva a la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, y (iii) se inscribe dentro de los mandatos internacionales que, con ocasión de la figura del bloque de constitucionalidad, imponen que los trabajadores migrantes, sin perjuicio de su estatus migratorio, tengan plena facultad para acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos, sin discriminación. En conclusión, se advierte que para la presentación de una demanda ante la Jurisdicción ordinaria Laboral es indiferente el número de identificación de la parte actora, y en caso de que se apele a su exigencia sobre la base de lo previsto en el artículo 82 del CGP, debe entenderse que, como se ha explicado en esta providencia, para acreditar su cumplimiento (1) no solo cabrían aquellos documentos válidos para autorizar la permanencia de un extranjero o de un migrante en Colombia²³⁶, sino (2) también aquellos otros que, como ocurre con los documentos de identificación de sus propios Estados, en caso de que ellos los tuvieren, permitan establecer, demostrar o reconocer la identidad de una persona.

1. En el asunto bajo examen, si bien el actor por su condición de migrante irregular, según se ha dicho, carece de un documento válido que le permita acreditar su permanencia en Colombia, en todo caso, acompañó con la acción de tutela copia de la cédula de identidad de la República Bolivariana de Venezuela, con la cual es posible confirmar su identidad²³⁷ y, por ende, de llegar a requerirse la acreditación de dicho requisito, con base en lo dispuesto en el artículo 82 del CGP, dar por satisfecho tal requerimiento.

1. Ahora bien, y como lo advierte en su intervención el Centro de Estudio en Migración (CEM) y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes²³⁸, una barrera de acceso que existe para los migrantes es la falta de adecuación de las herramientas relacionadas con la administración de justicia para atender, precisamente, a quienes no cuentan con documentos válidos de permanencia en Colombia. Al respecto, se destaca la dificultad de radicar una demanda, en la medida en que el sistema informático adoptado por la Rama Judicial, al momento de solicitar información sobre la parte demandante, únicamente admite determinados documentos.

1. Sobre el particular, la Corte constata que en el aplicativo previsto en la página Web: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/demandaenlinea>, que se implementó con ocasión de la pandemia derivada por el Covid-19, con el fin de recepcionar demandas en línea, cuando se marca la opción persona natural y se habilita el tipo de documento del sujeto que actúa como demandante, con miras a recurrir a la justicia ordinaria laboral, tan solo aparecen las opciones de la cédula de ciudadanía, cédula de extranjería, tarjeta de identidad, PEP, PEP-RAMV y salvoconducto. Tales alternativas no solo obstaculizan el acceso a la administración de justicia para extranjeros o migrantes que cuentan con otro tipo de documentos válidos como el pasaporte, el PEPFF o el PPT, sino que también impiden la realización del mismo derecho para migrantes irregulares que carecen de tales instrumentos, pero que podrían acreditar su identidad con otra fuente distinta de información. Sobre todo, cuando, como se ha advertido en esta sentencia, las reglas procesales laborales no exigen indicar el número de identificación de ninguna de las partes (Ley 712 de 2001, art. 12), y la norma del artículo 82 del CGP, admite todo tipo de documento que permita establecer, demostrar o reconocer la identidad de una persona.

1. En consecuencia, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 3° del artículo 257 de la Constitución Política²³⁹, le compete al Consejo Superior de la Judicatura actualizar en la página Web prevista para la recepción de demandas en línea, la categoría referente al tipo de documento que identifica a la persona natural que actúa como demandante, incluyendo (i) todas las opciones actualmente vigentes que permiten que una persona permanezca de forma regular en el territorio colombiano, así como previendo (ii) una alternativa genérica para que todo extranjero, incluso los migrantes irregulares, puedan hacer uso de cualquier otro documento o fuente de información que les permita establecer, demostrar o reconocer su identidad, con miras a asegurar su derecho de acceso a la administración de justicia, en los términos expuestos en esta providencia.

1. Lo anterior no significa que exista una limitante de carácter insuperable para que el accionante pueda acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral con miras a radicar una demanda, cuyo propósito sea el de declarar la existencia de una relación de trabajo y de obtener el reconocimiento de los derechos que se derivan de ella, como lo sería, si es del caso, la estabilidad laboral reforzada. En efecto, hasta tanto el aplicativo dispuesto para recepcionar demandas no sea actualizado para incluir a la población reseñada en el párrafo anterior, es obligación del Consejo Superior de la Judicatura, en desarrollo del Decreto 806 de 2020, prever una dirección de correo electrónico a la que pueda mandarse dicho texto, con el propósito de habilitar su reparto, tal y como dispone en el artículo 6 de la citada codificación²⁴⁰. Esta información deberá ser brindada por los canales oficiales que el mencionado Consejo tiene dispuestos para el efecto, como ocurre con: soportedemandaenlinea@deaj.ramajudicial.gov.co.

1. La inexistencia de barreras que impidan la formulación de una demanda se refuerza, además, con la circunstancia de que hoy en día no se exige su presentación personal, como lo dispone el artículo 89 del CGP241.

1. Con miras a complementar lo expuesto, y en caso de que se requiera actuar a través de un apoderado judicial, si la reclamación llega a superar el monto de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cabe señalar que, en la actualidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, ya no se exige la diligencia de presentación personal, cuando se trata de otorgar un poder especial para uno o varios procesos por medio de un documento privado, según se disponía en el artículo 74 del CGP242. Al respecto, en el aparte pertinente, el precepto en mención establece que: “Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.”²⁴³

1. La citada disposición fue declarada exequible por la Corte en la sentencia C-420 de 2020, en la que se destacó que la supresión de las formalidades para el otorgamiento del poder permite, por una parte, colaborar con las medidas de distanciamiento social derivadas de la pandemia ocasionada por el Covid-19; y por la otra, profundizar en la realización del principio de la buena fe previsto en el artículo 83 de la Constitución, en un escenario acorde con la obligación de brindarle mayor celeridad a las personas en su posibilidad de acceder al debido proceso y a la administración de justicia. En este sentido, se concluyó que: “(...) [l]a presunci[ón] de autenticidad del poder en el marco de los procesos judiciales [es] constitucionalmente admisi[ble] y no impli[ca], en abstracto, un desconocimiento de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia”.

1. Ahora bien, aun cuando el Decreto 806 de 2020 tiene una vigencia limitada hasta los dos (2) años siguientes a su expedición²⁴⁴, esto es, hasta el 4 de junio de 2022, su rigor normativo es actualmente aplicable, por lo que no existe limitante alguna para que el actor pueda acudir a la administración de justicia, incluso mediante el otorgamiento de un poder especial a favor de un abogado, si su causa supera el monto de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1. En todo caso, al advertir la Corte que el citado artículo 5 del Decreto 806 de 2020 responde a una norma que, en relación con los migrantes irregulares, posibilita su acceso a la administración de justicia, entre otras, en términos armónicos con lo previsto en instrumentos internacionales de derechos humanos (el artículo 18 de la CRMW y con lo manifestado por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-18/03), se espera que en un futuro, el Ministerio de Justicia y del Derecho, en la Dirección de Justicia Formal y Jurisdiccional, el Consejo Superior de la Judicatura, o la Defensoría del Pueblo, evalúen la posibilidad de

elaborar un proyecto de ley que pueda ser radicado ante el Congreso de la República, según lo dispuesto en los artículos 154, 156 y 282.6 del Texto Superior, con miras a darle la condición de regulación permanente a lo previsto en la norma en cita.

1. Más allá de lo anterior, y con base en todas las consideraciones hasta ahora expuestas, es claro que el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez no se halla en una situación de indefensión jurídica, ya que cuenta con la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, para determinar si efectivamente existió una relación laboral entre las partes de esta controversia y, por esa vía, obtener la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud. Ello, como ya se ha dicho, por la inexistencia de barreras, tanto para formular la demanda como para otorgar un poder de representación judicial.

1. Así, en primer lugar, como quedó expresado en el acápite referente al contexto del fenómeno migratorio Venezuela-Colombia, la migración masiva que se ha presentado en los últimos años tiene causas humanitarias que llevan a quienes ingresan al territorio nacional, sobre todo por vías irregulares, como ocurre con el accionante, a buscar la obtención de medios de subsistencia para sí y sus familias, residentes en Colombia o en Venezuela. Esta situación se ha prestado, en algunas ocasiones, para condiciones de abuso laboral, para encubrir efectivas relaciones de trabajo y para desconocer las garantías mínimas de las que goza todo trabajador. Aun cuando no puede concluirse –sin más– que este sea el contexto que se presenta en el caso bajo examen, lo que sí se advierte es que la realidad de inseguridad jurídica y de vulnerabilidad en la que se halla el migrante irregular, lo ubica en un plano de desequilibrio respecto de la parte demandada y de sus posibilidades reales de defensa, con el propósito de repeler la violación que se alega frente a sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud. En este orden de ideas, más allá de que se haya advertido que todo migrante tiene la obligación de regularizar su situación en el país, como lo ordena nuestra política migratoria y se deriva de los artículos 4 y 95 del Texto Superior, no deja de ser cierto que, como lo señala la Corte IDH, difícilmente los migrantes irregulares formulan demandas ante las instancias judiciales²⁴⁵, porque eventualmente podrían ser objeto de denuncia y conducidos a la deportación y a la expulsión²⁴⁶.

1. En segundo lugar, esta corporación ha señalado que los migrantes irregulares, por su condición de sujetos de especial protección, se encuentran en una situación de indefensión, por el desconocimiento de la forma como opera el sistema jurídico local y por la debilidad ocasionada por su calidad de grupo vulnerable. En este sentido, en la sentencia T-295 de 2018, la Corte manifestó que: “(...) los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados en razón a la situación de indefensión en la que comúnmente se encuentran y que se deriva del desconocimiento de la forma en que opera el sistema jurídico local, el idioma, la ausencia de lazos familiares y comunitarios, entre otros, como también que los migrantes en

situación de irregularidad son un grupo vulnerable”²⁴⁷.

1. En tercer lugar, aun cuando el accionante podría acudir directamente a la administración de justicia si su pretensión es inferior al monto de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en caso de que tal valor fuese superior, es obligación acudir al auxilio de un profesional del derecho, el cual, incluso, por razón de su desconocimiento del régimen laboral colombiano, se convertiría en la mejor herramienta para garantizar el principio de igualdad de armas. No obstante, la situación de marginación económica y social en la que se encuentra le impediría contar con los recursos necesarios para acceder a la contratación de un abogado, ya que, como consta en los antecedentes de esta actuación judicial, no es beneficiario de ningún tipo de ayuda humanitaria y no tiene un ingreso fijo porque carece de un trabajo estable. Por lo demás, no cuenta con ninguna afiliación al régimen de seguridad social, y con las sumas que logra obtener de manera informal debe asumir el pago de una habitación en estrato 3, y los gastos que demanda el cuidado de su hija y de su compañera permanente.

1. Esto implica que, aun cuando formalmente no existen barreras jurídicas que le impidan al actor acceder a la administración de justicia para obtener el amparo de los derechos que presuntamente le fueron conculcados, lo cierto es que, desde una perspectiva fáctica, derivada de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la población migrante irregular, de su condición de grupo vulnerable y de la marginación económica y social en que se halla el accionante, no cabe duda de que existe una clara situación de indefensión que origina un escenario de desequilibrio respecto de la parte demandada y de sus opciones reales de defensa, con el propósito de salvaguardar sus derechos fundamentales.

1. En definitiva, por las razones expuestas, se cumple con el requisito de legitimación en la causa por pasiva, pues el accionante está en condición de indefensión fáctica frente a los particulares con quienes aduce haber celebrado un contrato de trabajo, esto es, los señores Crisanto Páez Espitia y Rosa del Carmen Vargas de Páez, en cuya ejecución, según alega, ocurrieron unos sucesos presuntamente violatorios de sus derechos fundamentales.

Inmediatez

1. El artículo 86 Superior establece que la acción de tutela es un mecanismo para la “protección inmediata” de los derechos fundamentales, el cual puede ser interpuesto “en todo momento y lugar”. De ahí que, si bien la Corte ha interpretado que no existe un término de caducidad, ya que la Constitución no fija un límite preciso para su ejercicio, también ha señalado que se exige su interposición en un término razonable, que resulte acorde con su naturaleza tutelar, toda vez que su finalidad es solucionar de manera urgente las situaciones que vulneren o amenacen los citados derechos constitucionales²⁴⁸.

1. En línea con lo expuesto, la jurisprudencia ha precisado que: “(...) el principio de inmediatez se debe estudiar y analizar a partir de tres reglas. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la inmediatez es un principio que busca proteger la seguridad jurídica y garantizar la protección de los derechos fundamentales de terceros, que puedan verse afectados por la interposición de la acción de tutela dentro de un tiempo que no es razonable. En segundo lugar, el análisis de la inmediatez debe hacerse a partir del concepto de razonabilidad, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto. En tercer lugar, es evidente que el concepto de ‘plazo razonable’ se predica de la naturaleza misma de la acción de tutela, en tanto ésta constituye una respuesta urgente e inmediata ante una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales”²⁴⁹.

1. En el presente caso, conforme se infiere de los antecedentes ya descritos, la acción de tutela fue instaurada en un término razonable, pues el suceso que dio inicio al aparente fin de la relación laboral que se reclama, consistente en sufrir un accidente al momento de cargar un vehículo del Depósito PV, tuvo lugar el 6 de marzo de 2019, luego de lo cual advierte el actor que reclamó el pago de una incapacidad médica el día 9 del mes y año en cita, sin obtener una respuesta favorable y siendo aparentemente llevado hasta donde un sobandero, momento a partir del cual no se le permitió continuar con la prestación de sus servicios, motivando su decisión de acudir a la presente acción constitucional que fue radicada el siguiente 15 de marzo de 2019, es decir, transcurriendo tan solo un término de 6 días entre el último suceso que se alega como vulnerador de los derechos y la interposición de la acción.

1. Por ende, teniendo en cuenta las particularidades del caso, se llega a la conclusión de que el amparo se realizó casi que de forma inmediata con los sucesos que se invocan como lesivos de los derechos del accionante, por lo que se satisface plenamente con el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

1. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este caso, la protección se

extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario²⁵⁰.

1. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (1) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (2) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (3) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (4) impostergable, porque se busca el restablecimiento forma inmediata.

1. En este sentido, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”²⁵¹, y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos”²⁵².

1. Para efectos del estudio que adelantará la Corte frente al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, se deben tener en cuenta los dos grandes bloques de derechos que fueron identificados como objeto de reclamación. En primer lugar, los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, pues el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez alega que existió una relación de trabajo con los señores Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez, prestando sus servicios en el Depósito PV, desde el 22 de noviembre de 2018, en virtud de un contrato de trabajo verbal. No obstante, luego de un accidente ocurrido el día 6 de marzo de 2019, los demandados no autorizaron su continuidad en las labores que venía ejecutando, ni le reconocieron sus derechos laborales y de la seguridad social. Por tal razón, al invocar sus pretensiones, pide que se ordene (i) su reintegro al cargo que venía desempeñando; (ii) que se paguen los salarios dejados de percibir hasta que se ejecute la citada orden; y (iii) que se disponga el reconocimiento de todos sus derechos laborales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones y riesgos laborales). En respuesta a lo anterior, la parte demandada niega la existencia de una relación laboral, alega que no existe ninguna prueba -ni siquiera sumaria- que la acredite y que las actuaciones que se llevaron a cabo por el señor Aponte Tuarez lo fueron por mera liberalidad, sin subordinación y en respuesta a la ayuda humanitaria que le fue prestada por la pareja Páez Vargas, adultos mayores que superan los 76 y 83 años.

1. En segundo lugar, se solicita la protección del derecho a la salud, cuya vulneración vendría dada, por una parte, por los problemas de atención que se reclaman por el accionante respecto de la fractura de la epífisis de su radio derecho, la cual originó la inmovilización de la mano. De estar en presencia de una relación laboral, y de llegar a concluirse que se trató de un accidente de trabajo, dada la falta de afiliación al sistema del señor Aponte Tuarez, es claro que las coberturas de amparo deberán ser brindadas por el empleador. Por el contrario, en el evento en que no se constate que se está en presencia de un contrato de trabajo, es

viable en todo caso el examen de este derecho, pero en lo atinente al régimen de protección que se otorga en el ordenamiento jurídico a la población migrante irregular, por las características de ingreso al país del demandante. Y, por la otra, es también susceptible de estudio el derecho a la salud, en lo relativo a la pretensión vinculada con el pago que alega el actor de las incapacidades médicas que se originaron por el accidente ocurrido el día 6 de marzo de 2019.

1. Como se advierte de lo expuesto, el debate que se plantea implica, en un inicio, determinar si efectivamente existió una relación laboral entre las partes de esta controversia. En caso afirmativo, y sobre la base de ese reconocimiento, examinar (i) si el actor fue ilegalmente despedido, sin la autorización de los inspectores de trabajo y en contravía de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, en respuesta a las dificultades físicas que se invocan con ocasión del accidente sufrido. Sumado a lo anterior, (ii) se impone verificar si cabe otorgar el amparo del derecho a la salud y, en general, a la seguridad social, con motivo de la falta de afiliación del actor al citado sistema, incluyendo la orden de pago de las incapacidades médicas que se reclaman. Por el contrario, en el evento en que no se constate que se está en presencia de un contrato de trabajo, en todo caso se procederá al examen del mencionado del derecho a la salud, pero en lo relativo al régimen de protección que se otorga en el ordenamiento jurídico a la población migrante irregular, en virtud de las facultades extra petita propias del juez de tutela²⁵³.

1. Antes de proceder con el examen propuesto, es preciso recapitular que la parte demandada alega que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la discusión que se propone debe ser sometida al conocimiento del juez ordinario laboral, ya que la tutela no permite agotar el amplio debate probatorio implícito a la alegación que se formula, sobre todo cuando las pretensiones responden a lo aludido por el actor, sin que exista una sola prueba sumaria “que permita establecer que efectivamente [el señor Aponte Tuarez] haya prestado sus servicios personales, bajo la modalidad de contrato de trabajo”²⁵⁴. A su vez, la parte demandante, en el escrito de impugnación, admite que el amparo constitucional no es el mecanismo para acudir al pago de salarios y prestaciones, por lo que al menos espera que la protección solicitada sea concedida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en cuanto al acceso a los servicios de salud, debido a que su afectación física puede empeorar si no es tratada adecuadamente y ello limitaría las posibilidades de encontrar un nuevo trabajo que le permita cubrir sus necesidades básicas²⁵⁵. Ambos jueces de tutela de instancia consideraron que el amparo es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad, pues se está en presencia de una controversia de orden legal que debe ser definida por su juez natural, esto es, por la justicia ordinaria laboral.

De la procedencia excepcional de la acción de tutela para declarar la existencia de un contrato de trabajo

1. Como se advirtió en párrafos anteriores, la acción de tutela tiene una naturaleza residual y subsidiaria frente a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico y, en esa medida, por regla general, el amparo es improcedente. En efecto, este tribunal ha considerado que la citada acción no es procedente para resolver problemas jurídicos relacionados con la declaratoria de contratos de trabajo y el consecuente pago de prestaciones y acreencias laborales, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en los términos que se consagran en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, previamente citado, en el que se establece que los jueces de dicha especialidad tienen la competencia para conocer de los “conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo”.

1. En este sentido, en su jurisprudencia reiterada, la Corte ha considerado que existiendo otro mecanismo idóneo en el ordenamiento jurídico para resolver cuestiones relacionadas con la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, la acción de tutela únicamente procede, de manera excepcional, (i) cuando se advierte que dicho medio no es eficaz debido a las condiciones particulares del accionante, o (ii) cuando se impone otorgar un amparo de carácter transitorio, ante el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

1. Esta primera regla para el examen de procedencia de la materia, que se identifica con los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de tutela, se encuentra reiterada en varios pronunciamientos reiterados de este tribunal. Así, en la sentencia T-523 de 1998, la Sala Sexta de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta por un hombre que había tenido varios contratos de prestación de servicios con una entidad estatal entre los años 1995 y 1997, y solicitaba la declaratoria del contrato real, incluyendo el reintegro a la labor que desarrollaba. En esa ocasión, la Corte consideró que el debate propuesto por el actor era de carácter legal, tanto por la plena eficacia del medio ordinario de defensa como por la falta de acreditación de un perjuicio irremediable²⁵⁶.

1. Luego, en el año 2004, la Sala Sexta de Revisión se refirió al mismo tema en la sentencia T-008, en la cual analizó el caso planteado por una persona que solicitaba el reconocimiento de un contrato de trabajo con un particular. Al respecto, se consideró que el amparo interpuesto era improcedente, ya que existían mecanismos de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico para discutir este tipo de pretensiones y no se advertía que el demandante estuviese sometido al riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable. En todo caso, en la parte motiva del presente fallo, se advirtió sobre la clara improcedencia del amparo constitucional, cuando en el expediente no se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo, “toda vez que las accionadas negaban cualquier tipo de vinculación laboral con la accionante y ésta no aportaba ninguna prueba, diferente a su dicho, de la existencia de un contrato”²⁵⁷.

1. En el mismo fallo se alude a la sentencia T-101 de 2002, vinculada con una discusión de sustitución patronal, en la que se aludió a la citada regla en los siguientes términos: "(...) la incertidumbre que se presenta en torno a la existencia de una relación laboral impide a la jurisdicción constitucional conocer de la materia. (...) [Si bien] (...) podría pensarse en la posibilidad de que este caso se resolviese aplicando la figura que (...) [del] (...) contrato realidad, (...) la precariedad de los elementos existentes en el presente caso, no permiten aplicar tal principio, por cuanto, se repite, la insuficiencia de los elementos aportados por las partes no permite conocer claridades mínimas y esenciales de toda relación laboral (...)”²⁵⁸. Sobre la base de lo expuesto, en la citada sentencia T-008 de 2004, se insistió en que: "(...) a través de tutela no se puede intentar sustituir indebidamente los espacios probatorios del proceso ordinario laboral en el cual se debe debatir acerca de la existencia o no de una relación de trabajo. Para garantizar plenamente el derecho de defensa es necesario que, de pretender probarse la existencia de una relación laboral frente a determinada persona, se acuda a la jurisdicción ordinaria laboral."

1. Con posterioridad, en la providencia T-903 de 2010, la Sala Tercera de Revisión estudió el caso de un hombre de 73 años con SISBEN 1, que solicitó la declaratoria de un contrato realidad y el pago de sus labores a un municipio. En esa oportunidad, la Corte amparó los derechos fundamentales invocados y, en particular, respecto del análisis del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, la sentencia concluyó que si bien el amparo constitucional es residual frente a los medios ordinarios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico, lo cierto es que esa regla se flexibiliza cuando el demandante es un sujeto de especial protección constitucional en extrema vulnerabilidad, como es el caso de una persona de la tercera edad que cuenta con un puntaje bajo en el SISBEN.

1. Para llegar a esta decisión, la Corte reiteró que el expediente debe ofrecer las condiciones mínimas probatorias que permitan declarar la existencia de un contrato realidad, incluso haciendo uso de los indicios, siempre que ellos sean inequívocos sobre dicha situación. Puntualmente, se dijo que: "conforme con la jurisprudencia precitada, en la parte 2 de las consideraciones de esta providencia, las solicitudes sobre la declaración del contrato realidad deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del patrono y la contraprestación económica. Como se afirmó con antelación, en este tipo de casos los indicios permiten demostrar la existencia o no de la relación laboral cuya declaración se invoca. La Corte procederá a verificar el cumplimiento de estos requisitos en el presente proceso, para aceptar o desestimar las pretensiones del actor."

1. Más adelante, la Sala Segunda de Revisión de la Corte, por medio de la sentencia T-148 de 2014, decidió un acumulado de cinco acciones de tutela interpuestas por diferentes mujeres, cuyos vínculos contractuales finalizaron pese a su estado de embarazo. En dos de los casos revisados, las accionantes solicitaban el reconocimiento del contrato de trabajo, el reintegro y el pago de las respectivas acreencias laborales. Sin embargo, en dicha providencia, la Sala

concluyó que las acciones de amparo eran improcedentes por incumplir el requisito de subsidiariedad, en la medida en la que las demandantes contaban con mecanismos de defensa judicial para discutir dicha pretensión ante un juez ordinario.

1. Se advierte que, en ambos juicios de amparo, el elemento determinante para efectos de justificar la decisión adoptada se encuentra en la falta de pruebas que permitan acreditar con certeza la existencia de una relación laboral. Así, en el primer caso, se expuso que: “no queda clara la naturaleza de la relación laboral que existía entre la trabajadora y la fundación; pues la accionante no mencionó los hechos por los cuales no se trató de un contrato de prestación de servicios; en cambio el contrato de prestación de servicios no habla de un horario de trabajo, de un salario, o de subordinación, este regula un cronograma para la ejecución del contrato que sería acordado entre la contratista y el supervisor, unos honorarios a la entrega de los informes y una supervisión al cumplimiento del contrato. Por esta razón el asunto deberá ser dilucidado por la jurisdicción ordinaria (...), escenario propicio para que el juez competente solicite las pruebas necesarias para comprobar o no la existencia de un contrato realidad.”. Por su parte, en el segundo de los casos objeto de decisión, siguiendo la misma línea previamente expuesta, se señaló que: “Lo primero que debe determinar la Sala es si se dan los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, esto es, (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. A juicio de la Sala, en el presente caso, no queda clara la naturaleza de la relación laboral que existía entre la trabajadora y la Universidad. Pues la accionada demostró que la señora Marín Rincón no recibió salario mensual, en cambio sí recibió honorarios de \$4.937.366, pagados: 40% con la entrega del primer informe y 60% con la entrega del último informe y que, no tenía horario de trabajo específico, pues de acuerdo con la etapa de desarrollo del contrato podía hacerlo en la mañana o en la tarde. Finalmente informó que el motivo de la no renovación del contrato fue la finalización del programa para el mejoramiento del desempeño académico de estudiantes UIS. // Por esta razón el asunto deberá ser dilucidado por la jurisdicción ordinaria, motivo por el cual no procederá ordenar para este supuesto ninguna medida protectora. Con todo, la accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para ventilar sus pretensiones laborales, escenario propicio para que el juez competente solicite las pruebas necesarias para comprobar o no la existencia de un contrato realidad.”

1. En el año 2015, la Sala Séptima de Revisión resolvió un problema jurídico similar, en el que una persona solicitaba la declaratoria de un contrato realidad. Particularmente, en la sentencia T-345 se argumentó que, si bien por regla general la acción de tutela no es el medio previsto para pronunciarse sobre este tipo de pretensiones, dicha norma puede flexibilizarse cuando por medio se encuentra un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de una madre cabeza de familia con un hijo en situación de discapacidad. Por este motivo, decidió estudiar de fondo el caso, tutelar los derechos invocados y declarar la existencia del contrato realidad.

1. El examen realizado por la Corte en el referido caso advierte que la base para concluir que existía un contrato realidad, lo fueron “los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos durante cerca de veinte (20) años entre la actora y el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), (...) prueba fehaciente de que, en lugar de tener una relación limitada en el tiempo, [lo que existía] (...) era una relación laboral a término indefinido con obligaciones claramente estipuladas (...). Como se explicó, esta forma de contratación encubrió una relación de índole laboral, cuya implicación principal fue que no se reconocieran a favor de la tutelante los salarios durante la vigencia real de la relación laboral, las prestaciones sociales ni la afiliación a la seguridad social. Aunado a lo anterior, la accionada tampoco tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la tutelante para terminar su contrato, quien es madre cabeza de hogar, tiene a su cargo la subsistencia económica de su núcleo familiar compuesto por su hijo en situación de discapacidad y su madre de 77 años de edad, razón por la cual conforme a lo indicado precedentemente, esta Corte ha sido enfática en la estabilidad en el empleo, siempre que no exista una causal justificativa de despido”²⁵⁹.

1. De igual forma, en la sentencia T-334 de 2016, se estudió una acción de tutela interpuesta por una mujer, quien alegaba haberse desempeñado como empleada de servicio doméstico en la residencia de un particular y haber sido despedida en condición de embarazo, razón por la cual solicitó la declaratoria del contrato realidad y el amparo de su estabilidad laboral reforzada. En dicha providencia, la Corte consideró que la justicia ordinaria laboral era competente para resolver el problema jurídico propuesto, en virtud de que no se acreditó la ineficacia del mecanismo judicial dispuesto en el ordenamiento jurídico o el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, puesto que la demandante era una mujer joven, que se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social en calidad de cotizante y que no tenía una condición de vulnerabilidad.

1. Finalmente, en la sentencia SU-040 de 2018, la Sala Plena estudió una acción de tutela relacionada con la declaratoria de un contrato realidad de una mujer con pérdida de capacidad laboral superior al 50%, quien había celebrado múltiples contratos de prestación de servicios con una entidad estatal. En dicha oportunidad, la Corte flexibilizó el requisito de subsidiariedad, en virtud de las condiciones de salud padecidas por la accionante, motivo por el cual resolvió de fondo el problema planteado, accedió a tutelar los derechos invocados y declaró la existencia del contrato realidad. Al igual que ocurrió con la sentencia T-345 de 2015, se trató del ocultamiento de una relación laboral con un contrato de prestación de servicios, en el que, conforme con las pruebas existentes en el expediente, podía inferirse claramente la existencia “(...) de los elementos de prestación personal, remuneración y subordinación”.

1. Del recuento jurisprudencial realizado, se constata que la intervención del juez de tutela con miras declarar la existencia de un contrato realidad es de carácter extraordinaria, y que ella solo procede cuando (i) el medio ordinario no es eficaz debido a las condiciones

particulares del accionante, o (ii) cuando se está ante el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. No obstante, más allá de la acreditación de cualquiera de estas dos hipótesis, se advierte que un supuesto indispensable para otorgar el amparo, lo constituye la exigencia de que los medios probatorios que constan en el expediente permitan acreditar que se está en presencia de una relación laboral. Así se infiere de los tres casos reseñados en los que se declaró la existencia de un contrato realidad (T-903 de 2010, T-345 de 2015 y SU-040 de 2018), y se resalta en los expedientes en que se procedió a declarar la improcedencia del amparo.

1. En efecto, nótese que, en la sentencia T-101 de 2002, expresamente se manifestó que: “la incertidumbre que se presenta en torno a la existencia de una relación laboral impide a la jurisdicción constitucional conocer de la materia”. Luego, en la sentencia T-008 de 2004 se destacó que no es posible acceder a otorgar una pretensión vinculada con el reconocimiento de una relación laboral, cuando no se aporta ninguna prueba, diferente “al dicho” del accionante. Y se refuerza con la sentencia T-148 de 2014, en donde se negaron los amparos propuestos, toda vez que de los elementos de convicción que fueron examinados no quedaba clara la existencia de una relación de naturaleza laboral.

1. Para justificar la improcedencia del amparo cuando, una vez revisado el material probatorio que consta en el expediente, no es posible acreditar la existencia de una relación laboral, se ha recurrido principalmente a dos (2) argumentos. Por una parte, (i) el escaso tiempo para el ejercicio de la actividad probatoria con la que cuenta el juez constitucional (seis días a lo sumo²⁶⁰) y el plazo dispuesto para proferir sentencia en este juicio (10 días en primera instancia y 20 en segunda²⁶¹), no brindan las condiciones necesarias para asegurar el mínimo de certeza que debe tener un debate probatorio sobre la materia, regido por los principios de inmediación, suficiencia y contradicción, como garantías del debido proceso que deben asegurarse para ambas partes del conflicto; y por la otra, (ii) la transformación del objeto de la controversia, el cual, dada la incertidumbre sobre la existencia de la relación laboral, adquiere un alcance controversial y litigioso, suscita una discusión que desborda el carácter sumario e informal del amparo constitucional, que exige un nivel mínimo de certidumbre respecto del derecho reclamado, toda vez que el juez de tutela no puede disponer el reconocimiento de derechos inciertos y discutibles, “(...) pues aquello escapa de la órbita constitucional para radicarse en una discusión de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente”²⁶², rodeando al debate con todas las garantías inherentes al debido proceso.

1. Son varias las sentencias de la Corte, adoptadas por distintas salas de revisión, que han asumido esta misma subregla jurisprudencial. En este orden de ideas, en la sentencia T-335 de 2015, la Sala Segunda de Revisión manifestó que: “(...) coincide la Sala con los jueces de instancia en declarar la improcedencia de la acción de tutela, en la medida en que: (...) no existe material probatorio suficiente para determinar el tipo de vínculo contractual existente entre la accionante y la empresa incautada, pues si bien afirma que recibía dotación y

cumplía un horario, lo cierto es que (a) según la empresa solo tenían un vínculo mercantil, es decir, la peticionaria era una colocadora de apuestas independiente, (b) hay pruebas de una comisiones o 'valor pagado por venta (...) \$206.000'; que podría hacer las veces de remuneración, (c) existía la prestación personal del servicio, (d) pero no hay pruebas de una relación de dependencia entre la señora Padilla y Uniapuestas S.A., pues no se conoce si ésta le exigía 'el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e impon[ía] reglamentos'. Por lo tanto, del insuficiente material probatorio no se puede determinar con claridad y certeza la actividad cumplida por la peticionaria, ni el tiempo, ni la terminación de la misma. // Además, se desconoce si con posterioridad al accidente, la accionante solicitó nuevamente reestablecer su actividad como colocadora de apuestas. (...) // Ante la ausencia de medios probatorios que permitan establecer la existencia de un contrato realidad y la configuración de un perjuicio irremediable, la Sala considera que la acción de tutela es improcedente."

1. Por su parte, en la sentencia T-740 de 2015, la Sala Tercera Revisión indicó que:

"Sólo de manera excepcional se ha considerado que el juez de tutela puede proceder a declarar la existencia de un contrato realidad (...). // Ahora bien, en todos esos casos se ha señalado que la intervención del juez constitucional es posible, siempre que se constate por lo menos sumariamente y sin discusión, la existencia de los elementos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, de los cuales depende la existencia de una relación laboral, a saber: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y (iii) un salario en retribución al trabajo prestado. En caso de que dichos requisitos se corroboren en el juicio de amparo, el juez de tutela debe hacer prevalecer la realidad sobre las formalidades que revistan una determinada situación jurídica y, por ende, declarar la existencia de la relación laboral con las implicaciones que ello genere. Lo anterior en desarrollo de lo previsto en los artículos 53 y 228 del Texto Superior. El primero al consagrar entre los principios mínimos fundamentales del trabajo 'la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales'; y el segundo al establecer como principio de la administración de justicia 'la prevalencia del derecho sustancial'.

No obstante, en atención el carácter sumario e informal del amparo constitucional, es claro que si no existe el nivel mínimo de certeza o de convencimiento de que dichos requisitos se encuentran acreditados, en garantía del debido proceso y en respeto al reparto de competencias previstas en la Constitución y la ley, el asunto debe ser resuelto por las vías ordinarias laborales o por el contencioso administrativo, pues se estaría en presencia de un derecho eminentemente litigioso, respecto del cual no procede el amparo constitucional. Por ello como se reseñó en la citada providencia T-523 de 1998 y se reiteró en la Sentencia T-1683 de 2000, el juez de tutela no puede disponer el reconocimiento u ordenar el pago de 'un derecho incierto y discutible, pues aquello escapa de la órbita constitucional para radicarse en una discusión de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente'. (...)"263.

1. Más adelante, en la sentencia T-092 de 2016, la Sala Tercera de Revisión expuso lo siguiente: “(...) En aquellos casos, en los que no resulta posible comprobar los elementos del contrato realidad o no existe claridad sobre la naturaleza de la relación laboral, la Corte ha resuelto declarar improcedente el amparo para que el asunto sea sometido por la demandante a la Jurisdicción Ordinaria Laboral. A manera de ejemplo, en la Sentencia SU-070 de 2013 se declaró improcedente una demanda de tutela porque a juicio de la Sala Plena, no quedó clara la naturaleza de la relación laboral que existía entre la trabajadora y la fundación accionada (...); y en la Sentencia T-148 de 2014, mediante la cual se reitera la sentencia de unificación precitada, la Sala Segunda de Revisión se abstuvo de decretar, en dos de las casos acumulados, las medidas de protección correspondientes a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, porque no había claridad de la naturaleza de la relación laboral, ni se demostró la configuración de los elementos del contrato realidad”²⁶⁴.

1. En idéntico sentido, en la sentencia T-334 de 2016, la misma Sala Tercera de Revisión expresó que: “(...) a través de la acción de tutela no puede evadirse el debate probatorio propio que se debe adelantar ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, con el fin de identificar o no la existencia de una relación laboral, puesto que para garantizar plenamente el derecho de defensa es necesario que, de pretender probarse la existencia de una relación laboral frente a determinada persona, se acuda a la Jurisdicción Ordinaria Laboral. // Por lo anterior, para que resulte procedente la acción de tutela que solicitó la declaratoria de una relación laboral y, el consecuente pago de las acreencias y sanciones previstas en la ley, se requiere que exista el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable para el accionante y, además, pruebas que permitan inferir la existencia de ésta. De lo contrario, será un debate que tendrá que darse dentro del proceso ordinario establecido en la ley para este fin, escenario que, en todo caso, es el natural para determinar con certeza la existencia o no del derecho que se reclama”.

1. Finalmente, en la sentencia T-391 de 2018, la Sala Tercera de Revisión reiteró que: “En el asunto sub-examine no cabe la intervención del juez de tutela, pues no se acredita el primer requisito previamente mencionado, referente a que de por medio se observe la presencia de un vínculo laboral. En efecto, lo que se advierte es una discusión en relación con si existió o no un contrato de trabajo entre las partes, pues mientras la actora señala haber celebrado un contrato a término indefinido con la sociedad accionada, sin aportar algún elemento de juicio que de soporte esa afirmación, esta última niega la existencia de dicho vínculo. Nótese como, en este punto, el caso adquiere un alcance controversial y litigioso que desborda el carácter sumario e informal del amparo constitucional, el cual exige un nivel mínimo de certeza o de convencimiento respecto del derecho reclamado (...). En [este sentido], en la sentencia T-251 de 2018, se indicó que, si el juez de tutela adoptara una decisión que niegue o conceda la protección solicitada, a pesar de existir dudas sobre lo ocurrido, la acción de tutela se convertiría en una fuente de injusticias”.

1. En resumen, la acción de tutela no es el mecanismo judicial para resolver pretensiones

relacionadas con la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, en la medida en que para el efecto existe la posibilidad de recurrir ante el juez ordinario laboral. Sin embargo, esta regla general puede ser flexibilizada cuando (i) el juez de tutela advierta que dicha acción no es eficaz para resolver el problema planteado, en atención a las condiciones particulares del actor, dada su condición de sujeto de especial protección constitucional, en situación de extrema vulnerabilidad. De la misma forma, (ii) el juez de tutela puede decidir, de manera transitoria, la acción de tutela propuesta, siempre que advierta que, en virtud de las condiciones y circunstancias del caso concreto, puede existir riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

1. En todo caso, para la activación de cualquiera de estas reglas, siguiendo la jurisprudencia constitucional, es claro que de los elementos probatorios que obran en el expediente, debe ser posible acreditar con certeza los requisitos inherentes a la existencia de todo contrato de trabajo, pues de lo contrario el juez de tutela debe declarar improcedente la acción, para efectos de que el problema jurídico propuesto sea resuelto por la jurisdicción competente, en la medida en la que dicha situación desborda el carácter informal y sumario del amparo constitucional y exige el agotamiento de un debate probatorio regido por los principios de inmediación, suficiencia y contradicción, como garantías del debido proceso que deben asegurarse para ambas partes del conflicto. Esta situación no impide que el juez de tutela adopte algunos correctivos, con la idea de preservar la integralidad del litigio y de asegurar la concurrencia de las partes al juicio ordinario, cuando alguna de ellas se halle en situación de indefensión.

De la improcedencia de la acción de tutela para decretar la existencia de una relación laboral en el caso concreto

1. En el asunto bajo examen, como se explicó con anterioridad en esta sentencia, se tiene que el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez solicita el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud. La protección que se invoca pende del reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo con los señores Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez. En efecto, solo si se decreta que entre ambas partes existió un vínculo laboral, es posible (i) amparar la estabilidad reforzada que se reclama (con ocasión del accidente que se expone por el actor), (ii) ordenar el pago de acreencias y prestaciones sociales (incluidas las coberturas en materia de Seguridad Social Integral) y (iii) disponer la atención total e integral en salud (derivada de la falta de afiliación a dicho sistema, incluyendo el pago, si están acreditadas, de las incapacidades médicas que hayan sido ordenadas). Se trata de un conjunto de pretensiones relacionadas unas con otras cuyo éxito se sujeta a la acreditación de la relación laboral.

1. Al igual que ocurre con los nacionales colombianos, en virtud de los artículos 13, 86, 93, 100 y 229 de la Constitución, los extranjeros se encuentran sometidos al deber de acudir ante las autoridades judiciales ordinarias para efectos de obtener el amparo de sus derechos

fundamentales, pues la garantía de acceso a la administración de justicia tan solo se sujeta a la acreditación de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, sobre la base de que (1) se han eliminado las barreras que existían en materia de presentación personal (tanto de la demanda como de los poderes); (2) se permite el uso de todo tipo de documento que permita establecer, demostrar o reconocer la identidad de una persona (CGP art. 82), advirtiéndose que, en materia laboral, ni siquiera se exige mencionar un número de identificación (Ley 712 de 2001, art. 12); y (3) se autoriza, aún frente al aplicativo de radicación de demandas en línea, que exista un correo electrónico al cual pueda enviarse dicho documento para efectos de su reparto (Decreto 806 de 2020, art. 6).

1. De esta manera, hoy en día, ante la ausencia de barreras jurídicas, los migrantes irregulares pueden acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral para efectos de obtener el reconocimiento de un contrato de trabajo, cuando, pese a su situación migratoria, han sostenido en Colombia una relación que cumpla con los tres requisitos que se consagran en el artículo 23 del CST: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del empleador y la contraprestación económica o salario como retribución del servicio.

1. No sobra recordar en este punto que, por una parte, la Corte IDH ha declarado que todo migrante irregular tiene “derecho de hacerse representar ante el órgano competente que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador”²⁶⁵; y, por la otra, que existe un pleno mandato de igualdad para acceder a la justicia entre los migrantes (sin importar su origen) y los nacionales, en los términos consagrados en el ya citado artículo 18 de la CRMW266.

1. Desde esta perspectiva, se considera que el proceso ordinario laboral al cual puede acudir el señor Aponte Tuarez para obtener el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo con los señores Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez, en los términos del artículo 2°, numeral 1°, de la Ley 712 de 2001, constituye un medio de defensa judicial idóneo para dicho propósito, pues es materialmente apto para resolver la controversia que se plantea y para producir el efecto protector de los derechos fundamentales que se busca. Su trámite se encuentra rodeado de plenas garantías y le brinda al juez el poder de adoptar las “medidas necesarias para garantizar (...) el equilibrio entre las partes, la agilidad y la rapidez”²⁶⁷ en la duración del proceso.

1. Frente a los asuntos relacionados con la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, como ya se advirtió en esta providencia, la acción de tutela únicamente procede, de manera excepcional, (i) cuando se advierte que dicho medio no es eficaz debido a las

condiciones particulares del accionante, o (ii) cuando se impone otorgar un amparo de carácter transitorio, ante el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, siempre que (iii) de los medios probatorios que constan en el expediente sea posible acreditar que se está en presencia de una relación laboral. De lo contrario, el juez de tutela no puede disponer sobre derechos inciertos y discutibles, cuya definición le corresponde asumir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

1. En el asunto bajo examen, si bien el actor alega que suscribió un contrato verbal de trabajo con los demandados el día 22 de noviembre de 2018, con un salario de \$ 840.000 pesos, para cargar y descargar materiales, realizar servicios de aseo y servir de domiciliario, hasta la fecha en que sufrió el accidente que condujo a la fractura de la epífisis de su radio derecho (6 de marzo de 2019), la cual originó la inmovilización de la mano, y que llevó a que no fuese nuevamente admitido en el lugar dispuesto para el cumplimiento de sus labores (esto es, en el Depósito PV); lo cierto es que la parte demandada siempre ha insistido -en todas las instancias de tutela- en que jamás existió un contrato laboral, pues nunca se prestó a su favor una actividad subordinada, como se deriva de la circunstancia de que no se aportó con la demanda ni siquiera una prueba sumaria "(...) que permita establecer que [el actor] efectivamente haya prestado sus servicios personales"²⁶⁸. Lo único que hubo fue el suministro esporádico y ocasional de una ayuda económica -como acto humanitario y de solidaridad- tanto para con él como para con su familia, al ganarse la confianza de un par de ancianos (Crisanto Páez Vargas de 83 años y Rosa del Carmen Vargas de Páez de 76), con la idea de que pudiesen suplir sus necesidades más básicas, por la difícil situación de migración que les narraba, pero sin que esa ayuda tuviese fechas fijas, un esquema de continuidad, o que estuviese atada a una contraprestación.

1. Menciona la parte demandada que le entregó al actor una suma de dinero en préstamo, supuestamente para regularizar su situación, momento en el que, por su propia iniciativa y a título de agradecimiento, decidió, ocasionalmente, barrer el establecimiento, efectuar labores de aseo, lavar los baños o cargar mercancía al vehículo, sin que haya actuado como domiciliario o tenido algún tipo de relación con los clientes, sobre todo al tratarse de un negocio que se dedica al comercio al poner menor de artículos de ferretería. El día en que ocurrió el accidente, el señor Aponte Tuarez, en el marco del escenario descrito, "(...) tomó la iniciativa de subirse al vehículo para brindar sus servicios, sin embargo, minutos después, los señores Jenrry Yesmin Páez Vargas y Omar Andrés Páez Vargas, decidieron tomar un receso y efectuar la compra de tres tintos, uno para cada uno, incluyendo el accionante, momento en el cual, al moverse para tomar el tinto que se le ofreció, dio un paso en falso cayendo del vehículo"²⁶⁹. Por tal situación, no contaba con ningún elemento de seguridad, pues no se trataba de una labor que debiera efectuar. A pesar de ello, se relata que el señor Jenrry Páez lo acompañó hasta el Hospital Santa Clara y fue el propio señor Aponte Tuarez quien decidió salir del citado centro de atención en salud, porque prefería ser atendido en el Hospital Simón Bolívar.

1. Finalmente, la parte demandada pone de presente que el Depósito PV es un negocio familiar, que carece de ingresos para contratar personas y que los demandados son beneficiarios en salud de sus hijos, pues no perciben ingresos formales por la actividad que desarrollan. Esta última circunstancia se acredita con una certificación de Famisanar E.P.S. del 18 de agosto de 2019, en donde tanto el señor Páez Vargas como la señora Rosa del Carmen Vargas aparecen en dicha calidad, en condición activa y con vigor desde el 1° de abril de 2017270.

1. Como se advierte de lo expuesto, se trata de una controversia litigiosa en la que las dos partes se encuentran enfrentadas, respecto del reconocimiento de la existencia de un vínculo contractual de carácter laboral. Sobre esa base, y teniendo presente que es indispensable que de los medios probatorios que constan en el expediente sea posible acreditar que se está en presencia de una relación de trabajo, con miras a superar el requisito de subsidiariedad, se dará curso a la verificación de los tres supuestos o elementos necesarios previamente mencionados.

1. La Corte constata que el único requisito que se podría inferir de las pruebas que existen en el expediente es el referente a la prestación personal del servicio, en tanto que la parte demandada admite que el señor Aponte Tuarez, eventualmente, "(...) tomaba una escoba y barría el establecimiento, efectuaba labores de aseo en el área del patio, lavado de baños, el frente del local, o simplemente ofrecía su ayuda de manera insistente (...)”271, actividades que se admiten y que no incluyen los roles servir de domiciliario y de atender el negocio, los cuales expresamente se niegan por los demandados. Sin ir más lejos, frente a la última de las actividades en mención, se afirma que la atención “recae de manera exclusiva en los señores Jenrry Yesmin Páez Vargas y Omar Andrés Páez Vargas, quienes son los únicos con acceso a los diversos insumos que se comercializan en el local, así como al dinero que ingresa (...)”272.

1. De esta manera, y sobre la base de los elementos de juicio que constan en el expediente, la prestación personal del servicio se limitaría a las actividades de aseo (que se admiten expresamente por la parte demandada) y a cargar y descargar materiales (pues en esa labor ocurrió el accidente, que igualmente se acepta por los demandados), como se transcribió con anterioridad.

1. De resto no se acompaña ningún soporte del cual pueda inferirse, en sede de tutela, que existió una continua subordinación o dependencia y que, además, por las labores prestadas, se pagó a cambio una contraprestación económica o salario.

1. En relación con el componente de la subordinación, la parte demandante no acredita la

existencia de una copia de un contrato de trabajo, afirmando que lo suscribió de forma verbal. No obstante, no consta ni se aprecian testimonios, declaraciones, fotos, comunicaciones, correos o cualquier otro tipo de prueba o indicio que de fe del inicio de un vínculo contractual de esa naturaleza a partir del 22 de noviembre de 2018 (como él lo afirma), en especial, en un contexto en el que asevera que sus actividades incluían atender el negocio y hacer domicilios, en un horario de trabajo de 8 a.m. a 6 p.m. de lunes a sábados, incluyendo festivos²⁷³. Lo único que se aportó a lo largo del proceso es una tarjeta de presentación del Depósito PV, que no incluye el nombre del actor, pues tan solo describe los materiales de construcción que están a la venta, los teléfonos de contacto, la dirección del establecimiento y la expresión “servicio de volqueta, despacho a domicilio”²⁷⁴.

1. En réplica a lo alegado por el accionante, la parte demandada insiste en que jamás existió un vínculo entre las partes, que hubo actos humanitarios y de solidaridad hacia su situación, incluyendo el préstamo de una suma de dinero que originó que el actor, por su propia iniciativa, efectuara, como muestra de agradecimiento, labores de aseo, de limpieza de baños o de cargar mercancía al vehículo, sin fechas fijas, sin un esquema de continuidad, sin recibir órdenes y sin que estuviese sujeto a una retribución. Dicen que el señor Aponte Tuarez tergiversa lo realidad y busca aprovecharse de unas personas de la tercera edad “(...) que[,] en un momento difícil de su vida, le tendieron la mano con una ayuda económica, para querer convertirla en una relación laboral”²⁷⁵.

1. Como se infiere de lo expuesto, la situación que se plantea corresponde en realidad a un choque de palabra contra palabra, pues en sede de tutela el actor no acompañó ningún soporte de la relación que reclama, y que permita inferir las condiciones de modo, tiempo o cantidad de trabajo, o de su sometimiento a órdenes o a un reglamento interno, o al momento mismo de inicio del vínculo laboral. Sin ir más lejos, consta en una entrevista con la trabajadora social del Hospital Santa Clara que, al momento de describir sus condiciones objetivas de vida, refirió a que se encontraba “cesante”²⁷⁶. Por otro lado, tampoco es posible dar por cierto lo que se afirma por los demandados, pues existen unas labores que el accionante efectivamente realizó y que fueron admitidas de su parte, en relación con las cuales, si bien se niega su condición laboral y se insiste que se trató de actos de mera solidaridad, del igual modo no se aportó algún medio de prueba que brinde certeza sobre el particular.

1. Del accidente ocurrido, como lo pide la parte demandante, no es posible inferir en sede de tutela una relación laboral, pues la parte demandada alega que tal suceso se dio dentro de los actos de colaboración que por él se hacían como muestra de agradecimiento por la ayuda recibida, y que, si bien el señor Jenrry Páez lo acompañó al Hospital, lo hizo solo como reacción humanitaria ante lo sucedido. No se advierte en las pruebas recaudadas que el Depósito PV haya asumido al menos el costo de la atención, pues el pago total fue cubierto por el Fondo Financiero Distrital de Salud dentro del plan de atención a la población extranjera irregular²⁷⁷. Incluso, se insiste, al momento de preguntarle sobre su situación

laboral, manifestó tener la condición de cesante.

1. Luego, frente a lo sucedido con el sobandero, la parte demandante dice que fue llevado por el señor Jenrry Páez, mientras que la parte demandada tan solo da a entender que lo insinuó, cuando el accionante se acercó al Depósito PV, diciendo que su lesión no era de gravedad y que solo le habían suministrado medicamentos para el dolor. Ninguna parte acredita lo ocurrido acompañando su dicho con algún elemento de convicción.

1. En estos términos, y sobre la base de los elementos de juicio que constan en el expediente, más allá de lo manifestado por cada parte, y de lo que consta en la historia clínica, no es posible concluir si existió o no una relación de dependencia o subordinación entre las partes. De igual manera, en cuanto a la contraprestación económica o salario, solo se acepta que existió una ayuda económica, pero no aparece un recibo, alguna comunicación o un testimonio que de fe sobre su carácter de retribución laboral.

1. Por consiguiente, aun cuando las condiciones particulares del accionante, dada su situación de migrante irregular, con escasos recursos, responsable de un hogar y padre de una niña recién nacida, hubiesen podido ser analizados para efectos de determinar la eficacia del medio ordinario de defensa judicial, lo cierto es que de los medios probatorios que constan en el expediente no es posible acreditar que se está en presencia de una relación laboral, y ello impide al juez de tutela pronunciarse de fondo sobre la materia, pues no puede disponer sobre derechos inciertos y discutibles, cuya definición le corresponde asumir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

1. En este sentido, como ya se advirtió en el presente fallo, entre otras, en la sentencia T-101 de 2002, la Corte señaló que: "(...) la incertidumbre que se presenta en torno a la existencia de una relación laboral impide a la jurisdicción constitucional conocer de la materia." De igual modo, en la sentencia T-335 de 2015 se dijo que: "(...) coincide la Sala con los jueces de instancia en declarar la improcedencia de la acción de tutela, en la medida en que (...) no existe material probatorio suficiente para determinar el tipo de vínculo contractual existente entre la accionante y la empresa incautada (...)". Y, en la sentencia T-092 de 2016, se reiteró que: "(...) En aquellos casos, en los que no resulta posible comprobar los elementos del contrato realidad o no existe claridad sobre la naturaleza de la relación laboral, la Corte ha resuelto declarar improcedente el amparo para que el asunto sea sometido por la demandante a la Jurisdicción Ordinaria Laboral."

1. Por lo demás, tampoco es posible acceder a la solicitud de otorgar un amparo de carácter

transitorio, en lo referente a la atención en salud que se reclama, pues además de la circunstancia de que no es posible determinar el vínculo contractual existente entre las partes, no se constata que la fractura de la epífisis de su radio derecho, la cual originó la inmovilización de la mano, esté generando una situación de perjuicio irremediable. En efecto, aun cuando se aprecia que inicialmente se le hizo entrega de una boleta quirúrgica en el Hospital Santa Clara²⁸⁰, al decidir retirarse de dicha institución médica, no fue posible que se practicase ese procedimiento. Luego, según afirma, con ocasión de la acción del sobandero, le estiraron el dedo y le colocaron un yeso. Al preguntarle en sede de revisión sobre su situación de salud, expresó que le duele el brazo cuando hace “una fuerza brutal” y que a través de ese dolor le dan dolores de cabeza²⁸¹.

1. De lo anterior es posible concluir que, sin entrar a considerar la gravedad o no de la lesión sufrida, el quebranto a la salud existente no demanda medidas urgentes e impostergables, pues, en primer lugar, se autorizó su salida del centro de salud, con una férula y manejo de analgésicos²⁸²; en segundo lugar, acudió a un tratamiento en el que, sin llegar a valorar su efectividad, le realizaron varias acciones su radio; y, en tercer lugar, admite que solo tiene dolor cuando realiza una “fuerza brutal”, lo que descarta que deban adoptarse medidas con rapidez y de carácter inminente para preservar su derecho a la salud, cuya realización y cobertura integral vendrá dada, una vez concluya el proceso de regularización de su situación migratoria que se dispone en esta providencia, salvo que se llegue a una conclusión distinta, al examinar la cobertura que respecto del citado derecho, se consagra a favor de los migrantes irregulares.

1. En adición a lo expuesto, es preciso señalar que no cabe en sede de tutela aplicar sin más la presunción que se prevé en el artículo 24 del CST, cuando se acredita la ejecución de una actividad personal²⁸³, ya que, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, “(...) al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en ‘La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador’. Esto fue lo que sucedió en el presente proceso. De tal forma, no se equivocó el ad quem al concluir, con base en las deducciones probatorias, que el actor no probó los elementos del contrato de trabajo ni los extremos de la relación ni el salario”²⁸⁴. Como se deriva de lo anterior, con miras a garantizar los derechos fundamentales de defensa y contradicción de la parte demandada, es posible oponerse a los efectos de la presunción, cuando se acredita por esta última que no se cumplen con los requisitos de subordinación y de salario, lo que demanda el agotamiento de una etapa probatoria para revisar tal situación, cuya ejecución es propia del proceso ordinario laboral.

1. En conclusión, en el asunto bajo examen, no se acredita el cumplimiento del requisito de

subsidiariedad, de suerte que el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez deberá acudir ante la Jurisdicción Ordinaria, con miras a plantear la defensa de sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud, respecto del vínculo contractual que reclama frente a los señores Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez. No obstante, esta situación no impide que el juez de tutela adopte algunos correctivos, con la idea de preservar la integralidad del litigio y de asegurar la concurrencia de las partes al juicio ordinario, cuando alguna de ellas se halle en situación de indefensión fáctica, como ocurre con el accionante. En este orden de ideas, se dispone lo siguiente:

i. En la medida en que el accionante se encuentra en una precaria situación económica, que desconoce el régimen laboral interno y que, por decisión de esta sentencia, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo el deber de brindarle acompañamiento para regularizar su situación migratoria, se ordenará, asimismo, que dada la obligación de dicha autoridad de "(...) atender, orientar y asesorar en el ejercicio de sus derechos a los habitantes del territorio nacional"²⁸⁵, se proceda a prestar los servicios de Defensoría Pública a favor del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, ya que, como lo dispone el artículo 21 de la Ley 24 de 1992, se trata de una persona que se halla "(...) en imposibilidad económica o social de proveer [para sí misma] la defensa de sus derechos, (...) con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia"²⁸⁶. Para ello, como lo dispone la norma en cita, se requerirá el "otorgamiento de [un] poder", el cual, hoy en día, no exige presentación personal, conforme se dispone en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020. No existe entonces barrera alguna para proceder en tal sentido.

i. En lo que refiere a la prescripción de la acción laboral, para efectos de su cálculo, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS²⁸⁷, deberá tenerse en cuenta que, en primer lugar, la presentación de la acción de tutela el día 15 de marzo de 2019 es asimilable al "simple reclamo escrito del trabajador", el cual, una vez recibido por el empleador (o por quien se reclama tiene dicha condición), "interrumpirá la prescripción"[,] pero solo por un lapso igual", por lo que a partir de esa fecha se inicia el conteo de los tres años previstos en la disposición en cita y en el artículo 488 del CST²⁸⁸; y, en segundo lugar, los términos de prescripción, incluidos los laborales, estuvieron suspendidos entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, con ocasión de la pandemia derivada por el Covid-19, según lo previsto en el artículo 1° del Decreto Ley 564 de 2020²⁸⁹ y el Acuerdo PCSJA-11581 del 27 de mayo de dicho año adoptado por el Consejo Superior de la Judicatura.

1. Finalmente, como lo advierte en su intervención el Centro de Estudio en Migración (CEM) y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes²⁹⁰, es obligación que los jueces laborales sean conscientes de la especial situación en la que, en muchas ocasiones, se encuentra el migrante irregular, pues la informalidad de su situación se presta para condiciones de abuso, para encubrir efectivas relaciones de trabajo y para desconocer las garantías mínimas de las que goza todo trabajador, sin que, como se ha advertido en esta providencia, alguno de esos supuestos esté acreditado en el caso sub-

judice, dada la sumariedad e informalidad de la acción de tutela. A pesar de ello, con el rigor propio que caracteriza a los juicios ordinarios laborales, en dicha instancia de actuación judicial, cuando se somete a su conocimiento un expediente vinculado con la reclamación de un contrato realidad, en el que la parte demandante es un migrante irregular, con miras a garantizar el principio de igualdad procesal²⁹¹, es obligación del juez de la causa: (1) ejercer la facultad de oficio para decretar y practicar pruebas²⁹²; (2) adoptar, si es del caso, decisiones con carácter extra o ultra petita²⁹³; y (3) activar la carga dinámica de la prueba, en beneficio de la parte débil de la relación que se reclama²⁹⁴.

De la protección en salud para la población migrante irregular

1. Una vez descartada la procedencia de la acción de tutela para obtener el amparo de los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada y, como consecuencia de esta decisión, al acceso pleno al conjunto amplio de acreencias y prestaciones sociales vinculadas con la declaratoria de un contrato realidad (entre ellas, las coberturas en materia de Seguridad Social Integral, la afiliación en salud, el reconocimiento de incapacidades médicas, y el pago de salarios, primas, cesantías, etc.); se procederá, brevemente, al estudio del régimen de protección en salud que se otorga en el ordenamiento jurídico a la población migrante irregular, en virtud de las facultades extra petita propias del juez de tutela.

1. En relación con el derecho a la salud, una de las obligaciones que tienen los extranjeros-migrantes es, precisamente, la de vincularse al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Tal actuación está sujeta, en principio, a los mismos los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación de los nacionales. Una vez el extranjero cumple con tales condiciones, al igual que el nacional colombiano, tiene la posibilidad de exigir los elementos de disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad a los servicios que requiera. Adicionalmente, le permite reclamar las prestaciones asociadas a la recuperación, protección y prevención de la pérdida de los niveles de salud.

1. La afiliación al SGSSS, conforme con los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 del Decreto 780 de 2016, es “un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que de dicho sistema se derivan, mediante la suscripción del formulario físico o electrónico que adopte el Ministerio”. Para efectos de llevar a cabo dicho trámite o para reportar novedades al sistema, los afiliados deben identificarse con uno de los siguientes documentos:

“1. Registro Civil de Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.

2. Registro Civil de Nacimiento para los de 3 meses y menores de siete (7) años edad.

3. Tarjeta de Identidad para los mayores (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad.

4. Cédula de Ciudadanía para los mayores de edad.

6. Pasaporte de la organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad refugiados o asilados”.

1. Ahora bien, pese a lo dispuesto en la regulación anterior, como se explicó en esta providencia, los mecanismos extraordinarios-transitorios dispuestos en el ordenamiento jurídico interno para la regularización de la población migrante también permiten acceder a la oferta institucional en salud, como ocurre con el PEP, PEP-RAMV, PEPFF o PPT.

1. En suma, los extranjeros tienen la obligación de cumplir con los deberes que prevé la política migratoria y, por ello, tienen la obligación de regularizar su situación para afiliarse al sistema de salud en Colombia. En consecuencia, en principio, para poder acceder a un servicio integral en salud, se requiere que se presenten ante la autoridad migratoria, a fin de obtener un documento válido que les permita su afiliación al sistema. Al respecto, la Corte ha considerado que ello constituye una carga constitucionalmente admisible y razonable, a la luz de su calidad de migrantes que tienen la pretensión de acceder a la oferta de servicios en salud en el territorio nacional. En efecto, en casos en los que ciudadanos venezolanos en situación de irregularidad han pedido la prestación de servicios de salud, esta corporación ha sido enfática en sostener que “el reconocimiento de los derechos de los extranjeros genera la obligación de su parte de cumplir con las normas y los deberes establecidos para todos los residentes en el país”²⁹⁵.

1. A pesar de ello, por su condición de derecho humano y en virtud del principio de solidaridad, los migrantes irregulares no afiliados al SGSSS tienen derecho a la atención en salud, pero limitada a los casos de urgencia. Así lo dispone, entre otras, el artículo 28 del CRMW al señalar que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”²⁹⁶.

1. Dicha determinación es concordante con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015²⁹⁷, en la que se dispone que, pese a la falta de la afiliación al SGSSS, cualquier persona en el país tiene derecho a recibir atención de urgencias, sin contraprestación alguna, y sin que se pueda exigir algún tipo de documento o garantía como condicionante del acceso a los servicios²⁹⁸.

1. En línea con lo anterior, cabe aclarar que, de conformidad con el Decreto 780 de 2016,

existen dos modalidades de atención de urgencias²⁹⁹. Por una parte, la inicial, que es el conjunto de acciones que “tiend[en] a estabilizar (...) signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato [al usuario], tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención (...), al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud”³⁰⁰. Y, por la otra, la atención de urgencia propiamente dicha, entendida como “el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias”³⁰¹. Según el artículo 2.9.2.6.2 del Decreto 866 de 2017, cuando se señala que una persona tiene derecho a recibir atención de urgencia, se entiende que comprende ambas modalidades expuestas.

1. De este modo, mientras que la atención inicial se limita a estabilizar los signos vitales, la atención de urgencias, en estricto rigor, “busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”³⁰². El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante las Resoluciones 5857 de 2018 y 3512 de 2019, se refirió igualmente al concepto de atención de urgencias, en los mismos términos previamente transcritos³⁰³.

1. Esta corporación se ha pronunciado igualmente sobre la materia, en el sentido de señalar que los extranjeros tienen derecho, incluidos aquellos que se encuentran en situación de migración irregular, a recibir atención de urgencias. De esta manera, en la sentencia SU-677 de 2017, la Corte se pronunció sobre el caso de una ciudadana venezolana, migrante irregular, que estaba embarazada, a quien las autoridades de salud le negaron la práctica de los controles prenatales y la asistencia de su parto. En dicha oportunidad, se interpretó el concepto de urgencia médica a partir del derecho a la vida digna, y se determinó que la preservación de esta última implica no solo librar al ser humano del hecho de morir, sino protegerlo de toda circunstancia que haga su vida insostenible e indeseable y le impida desplegar las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse de forma digna en sociedad.

1. Luego, en la sentencia T-210 de 2018, este tribunal señaló que, si bien la atención de urgencia es un compromiso internacional de los Estados, su alcance se sujeta a la regulación interna que permita definir su cobertura y, sobre todo, a la valoración que se haga por el médico tratante. Para estos efectos, el tipo de migración es irrelevante y no puede constituirse en un criterio de exclusión.

1. En similar sentido, en la sentencia T-025 de 2019, la Corte puntualizó que “ante la

presencia de casos 'excepcionales', para los que su tratamiento no puede dar espera (...) la atención primaria de urgencia que incluye a toda la población colombiana no asegurada o migrante sin importar su situación de irregularidad (...) debe prestarse siempre que el médico tratante determine ese estado de necesidad o urgencia, es decir se hace indispensable que, en virtud del criterio de un profesional en salud, quien es el competente para determinar el estado del paciente conforme su formación técnica, se constate y se ordene el procedimiento a seguir bajo los protocolos establecidos para la materia”.

1. Por su parte, en la sentencia T-197 de 2019, esta corporación recordó que “todos los extranjeros migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad (...), tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias en el territorio nacional. En esa medida, no es constitucionalmente legítimo restringir el acceso de [estos] extranjeros a esas prestaciones mínimas. [Por el contrario,] [e]n aplicación directa de [los] postulados superiores, se ha consolidado (...) que, cuando carezcan de recursos económicos, ‘los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias con cargo [a las entidades territoriales de salud], y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud’”. Además, se reiteró que el concepto de urgencia no persigue tan solo evitar la muerte del interesado, sino que, en aras de la materialización de la vida digna, implica una protección de “toda circunstancia que haga sus condiciones de existencia insoportables e indeseables; y le impida desplegar adecuadamente las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad de forma digna”.

1. Siguiendo el mismo criterio expuesto, en la sentencia T-452 de 2019, la Corte señaló que “[l]a atención mínima a la que tienen derecho los extranjeros, cuya situación no ha sido regularizada, va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente”³⁰⁴. Sin embargo, enfatizó que ello no exime al extranjero de la obligación de regularizar su condición migratoria, y recordó que la jurisprudencia ha instado a los migrantes a hacerlo.

1. Finalmente, en sentencia T-565 de 2019, este tribunal expuso que los migrantes con permanencia irregular que tengan una condición económica precaria deben recibir atención de urgencia con cargo a los departamentos o distritos y, complementariamente, a la Nación, hasta que sean afiliados al SGSSS. Dicha atención no solo busca la preservación de la vida, sino también la contención de las consecuencias críticas, permanentes o futuras, o de factores que hagan sus condiciones de existencia intolerables. A partir de este enfoque, la atención no solo obedece a una “(...) perspectiva de derechos humanos, sino también [a] una (...) de salud pública, razón por la cual la misma debe venir acompañada de una atención preventiva”.

1. En conclusión, conforme a lo dispuesto en la regulación sobre la materia y siguiendo lo manifestado por la jurisprudencia constitucional, la atención de urgencias, que también ampara a la población migrante irregular, comprende (a) el empleo de todos los medios disponibles para estabilizar la situación de salud de una persona, preservar su vida y atender sus necesidades básicas, cuando tenga una alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que expongan su vida digna o funcionalidad; así como (b) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora de servicios que sí disponga de los instrumentos requeridos para estabilizarlo y preservar su vida, en caso de que dicho medio no esté disponible en el hospital o en la institución de salud que presta la atención inicial.

1. Dentro del concepto de atención de urgencias, siguiendo lo señalado por la jurisprudencia de la Corte³⁰⁵, se incluyen los procedimientos o intervenciones en salud necesarias para atender a las personas que padezcan de una enfermedad catastrófica, cuando se vea en riesgo su vida o integridad, y exista una orden del médico tratante especializado que califique el tratamiento como urgente y prioritario (concepto técnico del médico que justifique la necesidad). La atención básica de urgencias no implica, por regla general, la entrega de medicamentos, ni la autorización de tratamientos posteriores a su ocurrencia.

1. Visto lo anterior, en el caso concreto, no se advierte que estén dadas las condiciones para otorgar un amparo extra petita del derecho a la salud, en lo que atañe a la cobertura de protección que se brinda a la población migrante irregular, pues, sin entrar a considerar la gravedad o no de la lesión sufrida, el quebranto que padece el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez no se ajusta al concepto de atención de urgencias ya descrito, por las siguientes razones: (i) pese a que se ordenó una cirugía, se autorizó su salida del centro de salud (Hospital Santa Clara), según consta en el expediente, de forma voluntaria, con una férula y manejo de analgésicos, lo que permite inferir que la alteración no es de tal severidad que expongan su vida digna o funcionalidad.

1. Además, como ya se mencionó con anterioridad en esta providencia, en sede de revisión, (ii) el accionante admitió que solo tiene dolor cuando realiza una "fuerza brutal", lo que descarta que su integridad física, funcional o mental, esté en riesgo. Aunado a lo anterior, (iii) la fractura de la epífisis del radio derecho no constituye una enfermedad catastrófica, y tampoco se constata en el expediente que el médico tratante haya ordenado un tratamiento con carácter de urgente y prioritario. Por consiguiente, como ya se ha insistido, la cobertura integral de su derecho a la salud vendrá dada, una vez concluya el proceso de regularización de su situación migratoria que se dispone en esta providencia.

1. En conclusión, al advertir que respecto de la controversia planteada no se satisface el requisito de subsidiaridad, se procederá por esta Sala de Revisión a confirmar la sentencia

del 2 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado 24 Penal de Conocimiento de Bogotá D.C., mediante la cual ratificó el fallo adoptado el 29 de marzo del año en cita por el Juzgado 30 Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, en el sentido de declarar la improcedencia de acción de tutela propuesta por el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez contra Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez, por el conjunto de razones expuestas en esta providencia, y sin perjuicio de los correctivos señalados previamente, con la idea de preservar la integralidad del litigio y de asegurar la concurrencia de las partes al juicio ordinario, conforme al principio de igualdad procesal.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. En el asunto bajo examen, la Corte se pronunció sobre una demanda de tutela interpuesta por un migrante irregular de nacionalidad venezolana, el cual solicitó el amparo de sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud, al sufrir un accidente el día 6 de marzo de 2019 que implicó la fractura de la epífisis de su radio derecho, a partir de la cual, a su juicio, se le impidió retornar a sus actividades laborales cotidianas que venía desarrollando desde el 22 de noviembre de 2018.

1. En la segunda parte de esta providencia se admite que, pese a la situación de indefensión fáctica del actor, el amparo propuesto no supera el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, por cuanto, hoy en día, ante la ausencia de barreras jurídicas, los migrantes irregulares pueden acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, para efectos de obtener el reconocimiento de un contrato de trabajo, cuando, pese a su situación migratoria, cumplen con los tres requisitos que se consagran en el artículo 23 del CST: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del empleador y la contraprestación económica o salario como retribución del servicio.

1. En todo caso, para que proceda de forma excepcional una acción de tutela con miras a la declaratoria de un contrato realidad, como lo propone el actor y lo controvierte la parte demandada, se requiere que el (i) medio ordinario no sea eficaz debido a las condiciones concretas del accionante, o (ii) que se imponga otorgar un amparo de carácter transitorio, por la configuración de un perjuicio irremediable, siempre que (iii) de los medios probatorios que constan en el expediente sea posible acreditar que se está en presencia de una relación laboral. De lo contrario, el juez de tutela no puede disponer sobre derechos inciertos y discutibles, cuya definición le corresponde asumir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral. En el asunto bajo examen, no se logró verificar que la relación alegada estuviese enmarcada en una continua subordinación o dependencia, y que se haya realizado una labor a cargo de un salario. Tal incertidumbre impide otorgar un amparo en la materia, pese a las condiciones concretas del accionante.

1. Sin embargo, precisamente, por razón de su situación de indefensión fáctica, se ordena el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo a través del servicio de defensoría pública y se dispone un correctivo para el cálculo de la prescripción de la acción laboral.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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 que fuera ordenada mediante auto proferido por la Sala Cuarta de Revisión, durante el curso de la actuación adelantada en sede de revisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia del 2 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado 24 Penal de Conocimiento de Bogotá D.C., mediante la cual ratificó el fallo adoptado el 29 de marzo del año en cita por el Juzgado 30 Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, en el sentido de declarar la improcedencia de acción de tutela propuesta por el señor Edwin Rafael Aponte Tuarez contra Crisanto Páez Vargas y Rosa del Carmen Vargas de Páez, por las razones expuestas en esta providencia, y con los siguientes correctivos explicados en el numeral 276, a saber: (i) Se ORDENA a la Defensoría del Pueblo que, en el término máximo de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a prestar los servicios de Defensoría Pública a favor del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, para que, si así lo estima pertinente, pueda acudir en defensa de los derechos que reclama ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

En cuanto (ii) a la prescripción de la acción laboral, para efectos de su cálculo, se tendrá en cuenta, en primer lugar, que la presentación de la acción de tutela el día 15 de marzo de 2019 es asimilable al “simple reclamo escrito del trabajador”, el cual, una vez recibido por el empleador (o por quien se reclama tiene dicha condición), “interrumpirá la prescripción”[,] pero solo por un lapso igual”, por lo que a partir de esa fecha se inicia el conteo de los tres años previstos en la disposición en cita y en el artículo 488 del CST; y, en segundo lugar, los términos de prescripción estuvieron suspendidos entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, con ocasión de la pandemia derivada por el Covid-19, según lo previsto en el artículo 1° del Decreto Ley 564 de 2020 y el Acuerdo PCSJA-11581 del 27 de mayo de dicho año adoptado por el Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO.- Como medida de protección a favor del actor, y dada la situación de vulnerabilidad en la que se halla la población migrante irregular, se ordenará que, por conducto de la Defensoría del Pueblo, se brinde acompañamiento permanente al señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, para que, en caso de ser aún aplicable (i) a través de un Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Migración Colombia, se otorgue inicialmente a su favor

un salvoconducto SC-2 (Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.1.11.4.9), (ii) mientras se surten los trámites respectivos que permitan su regularización, con el otorgamiento del Permiso por Protección Temporal (PPT) o de una visa tipo "R", siempre que se cumplan con todos los requisitos y exigencias migratorias que se disponen en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo anterior, se insta a Migración Colombia y al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que en caso de ser aún aplicable, en el ámbito de competencia de cada uno de dichos organismos, faciliten el proceso de otorgamiento del salvoconducto SC-2 y del Permiso por Protección Temporal (PPT) o de una visa tipo "R", a favor del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez, en virtud del examen realizado en esta providencia y siempre que se cumplan con todos los requisitos y exigencias migratorias que se disponen en el ordenamiento jurídico.

CUARTO.- LÍBRESE por la Secretaría de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ANEXO

VENEZUELA - COLOMBIA

1. En este acápite se desarrollarán los siguientes temas: (i) el contexto migratorio Venezuela-Colombia y el trabajo migrante; y (ii) la normatividad sobre regularización de nacionales venezolanos en el territorio colombiano, con énfasis en el trabajo y la seguridad social. Para el efecto, se abordarán cada una de las intervenciones que se pronunciaron sobre las citadas materias, y en relación con ellas, se destacarán los principales aportes realizados.

A. EL CONTEXTO MIGRATORIO VENEZUELA - COLOMBIA Y EL TRABAJO MIGRANTE

1. La Universidad de los Andes conceptúa que las normas de rango legal aplicables a los asuntos laborales, que se predicen igualmente del trabajador migrante, deben ser interpretadas a la luz de los preceptos constitucionales, en particular de los artículos 48, 53 y 93 de la Carta –que refieren a las garantías básicas del trabajo– y con sujeción a los mandatos de igualdad y de acceso a la administración de justicia. Con ocasión de lo dispuesto en el citado artículo 93 de la Constitución, la Universidad llama la atención sobre la necesidad de dar aplicación en el presente caso a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 146 de 1994. Entre los preceptos que en ella se destacan, se encuentran (i) el que refiere a la noción de trabajador migratorio³⁰⁷, y (ii) los que consagran el deber de darle a dicho empleado un trato igual respecto de los trabajadores nacionales³⁰⁸, sin que pueda verse afectado en el goce de sus derechos a causa de irregularidades en su permanencia en el Estado o en el empleo.

1. El interviniente considera que existen barreras de acceso a la justicia que enfrentan los migrantes en situación de irregularidad, derivadas de (a) la falta de adecuación de las instituciones para atender a quienes no cuentan con los documentos que les permitan ejercer los derechos, v.gr., por la imposibilidad de conferir un poder con nota de presentación personal en una notaría; (b) por el temor de los migrantes de acudir a los entes administrativos o judiciales, porque podrían ser denunciados y conducidos a la deportación o expulsión; y (c) por la falta de idoneidad o eficacia de los mecanismos ordinarios destinados por el Estado para la protección de los derechos derivados del trabajo. En relación con este último punto, la Universidad manifiesta que tales supuestos se advierten en la necesidad de recurrir a los procesos laborales a través de un abogado, y la dificultad de asumir los costos de su contratación; en la duración del trámite para la solución de las controversias; y en la carga probatoria significativa en cabeza de los trabajadores.

1. Para el interviniente, con base en documentos de las Naciones Unidas y de la Corte IDH, los migrantes son sujetos en situación de vulnerabilidad, más aún cuando se encuentran irregularmente en un Estado. Particularmente, en el caso colombiano, el estatus migratorio regular es primordial para la protección efectiva de los derechos de esta población, pues los permisos para acceder a la oferta institucional de forma completa, especialmente en materia de salud y trabajo (Permisos Especiales de Permanencia, o PEP), se vinculan con la forma como se produjo el ingreso de una persona al territorio. En este escenario, la migración irregular acentúa los riesgos de explotación, de mal pago y de condiciones laborales más precarias respecto de los nacionales. Por lo demás, “la informalidad (...) atenta contra la capacidad del Estado de proteger los derechos, no solo de la población migrante, sino de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, ya que, en estos casos, estos individuos no están contribuyendo con sus aportes al sistema de seguridad social. Es por esta razón que la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales requiere la

formación del trabajo del migrante”309.

1. Finalmente, se concluye que, si bien el Estado ha reconocido la necesidad de dar acceso al trabajo formal de los migrantes, incluso porque ello se convierte en una herramienta esencial en la lucha contra la trata de personas, aún no se ha ofrecido una vía concreta para que ese acceso se materialice.

Cedetrabajo310:

1. Señala que las migraciones han permitido que la humanidad exista como la conocemos hoy, y que desde antaño ha sido la forma como esta ha progresado. Sobre la situación actual indica que, según estudios de la OCDE y el FMI, el choque migratorio ocasiona costos fiscales transitorios de gran cuantía a corto plazo, pero tiene efectos positivos sobre la productividad, el crecimiento y el recaudo tributario en el largo plazo.

1. En particular, resalta que “[l]a evidencia empírica muestra que el efecto económico de la inmigración en el mediano plazo depende de sus características: si los inmigrantes complementan la mano de obra local, su efecto económico será positivo; pero si compiten con ella, el efecto puede ser nulo o negativo (...). Estudios para distintos países muestran que el impacto de la inmigración sobre el crecimiento económico oscila entre -1% y 1% del PIB”311.

1. Sobre el impacto de la migración venezolana en Colombia, se suministra la siguiente información, sin indicar la fuente:

* “Los venezolanos que están llegando al país son más jóvenes en promedio que la población colombiana. Aproximadamente, el 59% de los inmigrantes venezolanos son menores de 28 años, mientras que, entre los colombianos, esa proporción solo asciende a 49%.

* La diferencia se mantiene si uno se concentra en los niños: 27% de los inmigrantes son menores de 13 años, mientras que solo [el] 23% de los nativos están en ese rango de edad.

* Los datos de la Encuesta Hogares del DANE muestran que hoy en día, el ingreso promedio de los inmigrantes venezolanos es 17% menor que el de sus pares colombianos, y buena parte de eso se explica por la informalidad. (...)

* Hay cerca de 1.174.000 venezolanos en Colombia de los cuales 400.000 no resuelven su situación y 40% no puede acceder a empleos formales.

* El 37% no quiere regresar, tan solo cuando la situación mejore.

- * 80% de los venezolanos que llegan a Colombia son fuerza de trabajo productiva.
- * Ingresos promedio: 55% menos de \$ 400.000 mensuales.
- * 77% de los venezolanos están en informalidad.
- * 89% no está afiliado a seguridad social.
- * 52% no envía remesas a su país de origen.
- * [E]l desempleo en Colombia es menor que antes de 2008, sin migración venezolana. [La tasa de ese año fue de 11,3% y la de 2018 de 9,7%]"312.

Universidad del Rosario313:

1. Según el Informe 3: características de los migrantes de Venezuela a Colombia, publicado por la Universidad del Rosario en agosto de 2017, y soportado sobre la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) de 2016, la población venezolana en nuestro país tiene las siguientes características:

- * Del 100% del total de la población migrante, un 52,89% ingresó al país entre el rango de hace más de dos años y menos de seis; mientras que, un 47,11% lo hizo entre 2015 y 2016. "Este aspecto resalta la dramática dimensión de la migración reciente, pues en dos años migraron tantas personas como habían migrado en los cuatro años anteriores"314.

- * La población migrante proveniente de Venezuela no presenta niveles educativos particularmente elevados (más del 80% cuenta como máximo con educación secundaria).

- * Respecto de la atención en salud, el informe destaca que claramente la antigüedad en la migración implica un mayor conocimiento de las reglas de acceso a los servicios. Estadísticamente, "el 71,83% de las personas que migraron de Venezuela (...) hace más de dos años y menos de [cinco] (...) manifiesta tener acceso a servicios de salud, mientras que solo el 36,96% de los migrantes más recientes afirman tener acceso a dicho servicio"315.

- * Por último, en materia laboral, el documento en estudio indica que la obtención de un empleo sigue la misma regla de la antigüedad en el evento migratorio, "[pues] mientras que el 67,32% de los migrantes que llegaron a Colombia hace más de dos años y menos de [cinco] están ocupados, la ocupación de los que llegaron hace menos de dos años es menor en 10 puntos porcentuales (57,2%)"316.

Ministerio del Trabajo317:

1. El Ministerio informa que la población venezolana económicamente activa o que hace parte de la fuerza laboral, según datos de Migración Colombia, llega aproximadamente a 1.369.639 personas. Indica que la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo, la ANDI y la Cámara de Comercio de Bogotá, estos dos últimos como representantes del sector privado, vienen trabajando en una “Estrategia de Generación de Ingresos para la población venezolana”³¹⁸, con la cual se busca apuntarle a la empleabilidad y a cerrar las brechas que obstaculizan el ingreso de los migrantes al mercado laboral formal. Para agosto de 2019, se advierte la existencia de seis querrelas administrativas relacionadas con trabajo migrante irregular. Finalmente, se expone que el país aún no ha ratificado el Convenio 143 de 1975 de la OIT, sobre los trabajadores migrantes, tema que se encuentra bajo el examen de la Oficina de Cooperación Internacional del Ministerio.

ANDI319:

1. El interviniente señala que esa asociación “(...) siempre ha sostenido que la vinculación laboral de un venezolano debe respetar los derechos contemplados en la legislación laboral colombiana. (...) Para la vinculación formal de venezolanos, la ANDI ha puesto de presente la necesidad de eliminar algunas barreras, entre ellas, la homologación de títulos profesionales, la expedición de permisos especiales de trabajo o visas de trabajo y la afiliación al sistema de seguridad social integral”³²⁰.

1. Manifiesta que participa en unas mesas de empleabilidad lideradas por el Ministerio del Trabajo, en las cuales Migración Colombia ha presentado las siguientes cifras:

* Para marzo de 2019 había un total de 1.260.594 venezolanos en Colombia, de los cuales 770.975 (61,15%) son regulares y 489.619 (38,85) irregulares (ya sea por ingreso al país sin autorización o por superación del tiempo de permanencia).

* En los dos últimos años el crecimiento de la migración ha sido exponencial, en un porcentaje aproximado del 75,66% frente al total de migrantes venezolanos.

* La mayoría de migrantes tienen entre 18 a 39 años, es decir, son personas en edad productiva y con potencial para formarse y educarse.

* En el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV), creado para identificar las condiciones de la migración irregular, se advierten estos datos: (i) se registraron 442.462 personas; (ii) su situación económica es la siguiente: el 23,64% tiene un empleo informal, 21,89% son independientes, 18,19% están desempleados, 18,09% no reporta ninguna información, 9,72% realiza actividades de hogar, 7,72% son estudiantes y un 0,75% tiene trabajo formal. De los censados, un 98,88% carece de afiliación al sistema de salud, mientras tan solo un 1,12% señala ser parte del sistema. Sobre el nivel educativo, se impone en más de 80% el tope de la secundaria básica. La percepción sobre la permanencia en el país a largo plazo llega al 93,41%.

* Finalmente, se destaca que durante el año 2019 se han sancionado a 196 personas jurídicas por contratación irregular de extranjeros. A ello se añade que, en los últimos seis meses, un promedio de 17,26% de las empresas de los sectores de servicios, industria y comercio ha contratado venezolanos, de los cuales un 22,96% en promedio lo ha hecho de manera informal, frente a un 77,04% que ha acudido a la formalidad. En una medida cercana al 31,5%, los ingresos de los migrantes en estos sectores son inferiores a los obtenidos por los colombianos.

Universidad Externado de Colombia³²¹:

1. El interviniente refiere a la protección que respecto de la población migrante otorga la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, la cual impone a los Estados Parte el deber de asegurar los derechos sociales de esa población, con independencia de su estatus migratorio. En particular, refiere (i) al artículo 25, sobre la obligación de no otorgar un trato menos favorable que el que reciben los trabajadores nacionales, en lo relacionado con la remuneración y otras condiciones de trabajo; y (ii) al artículo 28 sobre el derecho a recibir atención médica de urgencia, la cual no podrá negarse por motivos vinculados con la irregularidad, en lo que respecta a la permanencia en el país o al empleo.

1. Adicionalmente, la Universidad señala que “[l]os trabajadores migrantes en situación irregular son especialmente vulnerables y proclives a condiciones de explotación laboral y [de] trata de personas[,] ya que su estatus (...) los lleva a aceptar trabajos informales y sin el lleno de los requisitos de ley[,] con tal de obtener el sustento que requieren (...)”³²². El mayor temor siempre subyace en la deportación o expulsión del país, como lo advierte la OIT³²³.

Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones³²⁴:

1. De acuerdo con cifras oficiales, especialmente provenientes de Migración Colombia, a junio de 2019 había 1.408.055 migrantes venezolanos en Colombia con permanencia regular, de

ellos (i) el 80,5% lo hacían con PEP, (ii) el 10,6% con visa y cédula de extranjería, y (iii) el 8,9% por permanencia permitida en el país. En cuanto a la población irregular, se advierte que asciende a 665.665 personas, (a) el 33,1% por vencimiento del plazo de permanencia y (b) 66,9% por ingreso sin autorización.

1. En cuanto a estos últimos, se exponen dos razones principales: (i) las “[r]estricciones en Venezuela para el acceso a pasaportes y otros documentos de identificación: la expedición de pasaportes en Venezuela es un proceso que puede tomar meses o años inclusive, por un costo que pocas personas en ese país pueden cubrir”³²⁵; y (ii) por “[c]ierres fronterizos: los cierres de la frontera ordenada por Nicolás Maduro en varias ocasiones, y en particular durante el primer semestre de 2019, obligaron a los venezolanos a ingresar a Colombia a través de las trochas”³²⁶.

17. Respecto al acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud, para junio de 2019, el 23% de la población migrante venezolana reportó estar afiliado a algún régimen. La mayoría al subsidiado (51,4%), seguido por el contributivo (48,1%) y una mínima proporción en algún régimen especial (0.3%).

18. La tasa de desempleo (TD) de la población migrante para junio de 2019 era de alrededor de un 19,4%. Para el resto de la población, tal medida era de un 10%. Es decir, para las personas que migraron a Colombia en los últimos 12 meses el desempleo es el doble de las personas que se encontraban en el país.

19. La elevada informalidad de los venezolanos en materia laboral se explica, entre otras razones, por las siguientes:

* Una alta proporción de migrantes está en situación irregular (47%) y solo quienes son regulares pueden ser empleados legalmente.

* El desconocimiento de los empleadores sobre los procedimientos que deben seguir para contratar migrantes venezolanos regulares.

* La vinculación laboral sin respetar las condiciones mínimas que exige la ley (contrato verbal o escrito, remuneración no inferior al salario mínimo, jornada laboral, entre otros).

* El desconocimiento por parte de los migrantes ocupados sobre su deber de realizar aportes al sistema de seguridad social o, aun conociendo este deber, su incapacidad o no disposición a aportar por sus bajos ingresos.

* “Esta alta informalidad se refleja en las ramas de actividad en las que se desempeñan. La mayoría de los migrantes venezolanos trabaja en actividades de comercio, hoteles y restaurantes (46.3%); actividades de servicios comunales, sociales y personales (14.3%); seguido de actividades en la industria manufacturera (11.6%) y en la construcción (11,3%)”³²⁷.

20. La informalidad va acompañada de precarias condiciones laborales:

* “Si bien el 56.7% de los ocupados venezolanos tenía un contrato de trabajo, el 79.1% reportó que este era verbal. Entre los colombianos solo el 35.2% reportaron un contrato de este tipo.

* Del 20.9% de ocupados venezolanos con contrato escrito, más de la mitad tiene contrato a término indefinido.

* Las modalidades de contratación informal pueden colocar a los trabajadores venezolanos en riesgo de explotación laboral. El 45% del total de ocupados venezolanos supera 48 horas de trabajo semanal, superior en 17.9 puntos porcentuales a la proporción de ocupados colombianos que trabajan este mismo tiempo. El resto de los ocupados venezolanos se distribuyen en 12% que trabaja medio tiempo (hasta 2 horas a la semana), un 8.2% que trabaja hasta 36 horas semanales y un 36.6% hasta 48 horas, lo correspondiente a la normativa del país”³²⁸.

21. Sobre la base de la información brindada, se proponen las siguientes medidas relacionadas con el trabajo migrante:

* Adoptar políticas para resolver la situación de irregularidad del migrante, pues ella “limita la contratación formal y el acceso a trabajos con una remuneración tal que permita a los migrantes hacer contribuciones a la seguridad social, en salud y pensión. No permitirles contribuir al sistema hace que el Estado colombiano deba asumir, sin contraprestación, todo el costo de la atención a esa nueva población en el país.”³²⁹

* Se deben reglamentar las formas de vinculación laboral para migrantes, a fin de equiparar las condiciones de empleabilidad con los residentes, en términos de salarios, formas de contratación y formalidad.

* Es indispensable implementar el RUTEC, teniendo en cuenta la limitación de información que se tiene para la caracterización de la población trabajadora migrante.

* El acceso para la población migrante al servicio público de empleo debe ser una prioridad y debe venir acompañado de una flexibilización en los requisitos para la contratación y convalidación de títulos académicos³³⁰.

A. NORMATIVIDAD REFERENTE A LA REGULARIZACIÓN DE NACIONALES VENEZOLANOS EN COLOMBIA, CON ENFASIS EN EL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia³³¹

1. Frente a los ciudadanos o familias extranjeras que se encuentran en condición migratoria irregular, la citada Unidad Administrativa Especial señala que ellos están sometidos a lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución y, en general, a la legislación colombiana, por lo que tienen el deber de adelantar las gestiones administrativas necesarias para permanecer regularmente en el territorio nacional.

2. Señala que existen mecanismos ordinarios obligatorios y extraordinarios transitorios para que los ciudadanos venezolanos regularicen su situación en el país.

1. Frente al mecanismo ordinario-obligatorio, lo procedente es que el extranjero que se encuentra en un estatus irregular se acerque a las instalaciones del Centro Facilitador de Servicios Migratorios de la Regional de Migración Colombia para obtener un salvoconducto SC2. De acuerdo con el artículo 2.2.1.11.4.9 del Decreto 1067 de 2015, dicho salvoconducto se otorga, entre otros supuestos, cuando “al extranjero que pudiendo solicitar visa en el territorio nacional, haya incurrido en permanencia irregular, previa la cancelación de la sanción a la que hubiere lugar. En el presente caso, el término de duración del salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario”. Se trata de un permiso temporal que habilita al extranjero para solicitar un documento válido de permanencia, pese a que sirve para la afiliación al Sistema General de Seguridad Social (SGSS). Expresamente se aclara que: “Una vez la Cancillería estudia el caso y revisa el cumplimiento del lleno de los requisitos, ésta expide el documento de permanencia ordinario, esto es la visa, la cual debe ser posteriormente registrada ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para que se expida la respectiva Cédula de Extranjería, documento que cumple la función de identificación del extranjero en territorio colombiano”³³².

1. En cuanto al mecanismo extraordinario-transitorio, se ha adoptado un grupo amplio de normas que buscan regularizar a la población venezolana, a partir de la dinámica especial de migración en la que se encuentran, como se muestra en los siguientes cuadros³³³:

Norma

Requisitos o condiciones

Plazo para su obtención

Estatus migratorio

R. 5797 de 2017 del MRE

(i) Estar en el territorio colombiano antes del 28 de julio de 2017; (ii) haber ingresado de forma regular al territorio colombiano (esto es, por un puesto de control migratorio habilitado); (iii) no tener ningún antecedente judicial; y (iv) no tener medida de expulsión o deportación vigente (art. 1º).

La solicitud debía hacerse en los 90 días calendario siguientes, contados a partir de la

publicación de la Resolución.

Permiso Especial de Permanencia (PEP). Documento de identificación válido para los venezolanos en territorio colombiano, el cual se deberá presentar ante las autoridades, en compañía del pasaporte o del Documento Nacional de Identificación (art. 5).

El titular del Permiso (...) quedará autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas (art. 3).

La vigencia del PEP se sujetó a un período de 90 días, con prorrogas por períodos iguales, sin que exceda el término de dos años. Superado el mismo, sin que el nacional venezolano hubiere obtenido una visa, “incurrirá en permanencia irregular” (art. 2).

R. 740 de 2018 del MRE

Se trató que una norma que amplió el acceso al PEP a los venezolanos que estaban en el país antes del 2 de febrero de 2018. El plazo para solicitar el PEP se fijó en cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la Resolución.

D. 542 de 2018

Con este decreto se implementó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV), dirigido a obtener información más detallada sobre el alcance del fenómeno migratorio de esa población en nuestro país.

Se planteó su desarrollo en el plazo de dos (2) meses contados desde del 6 de abril de 2018.

RAMV. Tiene efectos informativos y no otorga ningún tipo de estatus migratorio, no constituye autorización de permanencia o regularización, no reemplaza los documentos de viaje vigentes, no genera derechos de orden civil o político, ni el acceso a planes o programas sociales u otras garantías diferentes a las dispuestas en la oferta institucional de las entidades del Estado (art. 2°).

D. 1288 de 2018

Este decreto autoriza al MRE para modificar los requisitos y plazos para que las personas inscritas en el RAMV puedan acceder al PEP, entre ellas, 442.462 personas que ingresaron de forma irregular.

R. 6370 de 2018 del MRE

(i) Estar inscrito en el RAMV, (ii) encontrarse en el país para 1° de agosto de 2018; (iii) no tener antecedentes judiciales; y (iv) no tener medida alguna de expulsión o deportación vigente (art. 1°).

El plazo para su trámite estuvo vigente entre el 2 de agosto y el 2 de diciembre de 2018.

PEP-RAMV. Es un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas (art. 2°).

La vigencia del PEP-RAMV se sujetó a un plazo de 90 días, prorrogables por períodos iguales, sin que exceda el término de 2 años. Concluido el mismo, y si el venezolano no ha obtenido una visa, incurrirá en permanencia irregular. (art. 3).

R. 2033 de 2018 de la UAEMC

Procedimiento para la expedición del PEP RAMV, a través de la página Web de la entidad (art. 2°).

Acceso disponible desde el 2 de agosto hasta el 2 de diciembre de 2018.

R. 10677 de 2018 del MRE

Esta Resolución dio un nuevo plazo para acceder al PEP previsto en la Resolución 5795 de 2017, por lo que se mantienen los requisitos de (i) ingreso regular al territorio; (ii) no tener antecedentes judiciales; y (iii) no tener medida de expulsión o deportación vigente (ordinal 1°). Se dispone como requisito temporal que la persona haya ingresado al país a más tardar el 17 de diciembre de 2018.

El plazo para solicitar el permiso se estableció en cuatro meses, desde la entrada en vigencia de la Resolución.

Establecimiento de un nuevo término para acceder al PEP, consagrado en la Resolución 5797 de 2017.

R. 3317 de 2018 de la UAEMC

Procedimiento para acceder al PEP, según la Resolución 10677 de 2018, a través de la página Web de la entidad.

Acceso disponible a partir del 24 de mayo hasta el 22 de julio de 2019.

R. 2540 y 1465 de 2019 del MRE

Exclusivo para los nacionales venezolanos de las Fuerzas Armadas y de Policía de Venezuela. Los requisitos son los siguientes (art. 2° de la R. 2540 de 2019): (i) estar en el país a fecha 13 de mayo de 2019, lo cual se debía acreditar con el registro migratorio de ingreso o con la verificación de la fecha de trámite de la solicitud de la condición de refugiado; (ii) haber manifestado de forma libre y voluntaria separarse temporalmente de la condición de miembro de la Fuerza Pública Venezolana; (iii) haber entregado armas, uniformes, etc.; (iv) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional o internacional; y (v) no tener una medida de expulsión o deportación vigente.

La solicitud debía realizarse entre el 24 de mayo y el 22 de junio de 2019.

PEP-MILITARES. Responde a la misma naturaleza y otorga los mismos atributos del PEP regulado en la Resolución 5797 de 2017 (ar. 1° de la R. 2540 de 2019).

En materia laboral, consagra lo siguiente: “El titular del Permiso Especial de Permanencia (PEP) quedará autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas. Parágrafo. Se exceptuarán de las actividades autorizadas en el presente artículo, las relacionadas con actividades ligadas a seguridad o que impliquen manejo de armas”. (art. 4 de la R. 2540 de 2019).

La vigencia del PEP-MILITARES se sujetó a un plazo de 90 días, prorrogables por períodos iguales, sin que exceda el término de 2 años. Concluido el mismo, y si el venezolano no ha obtenido una visa, incurrirá en permanencia irregular. (art. 3 de la R. 2540 de 2019).

R. 2278 de 2019 de la AUEMC

Se trata de un permiso especial para quienes les fue negada la condición de refugiado. Los requisitos para su solicitud son los siguiente: (i) contar con la Autorización de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (Conare); (ii) haber realizado la solicitud de la condición de refugiado entre el 19 de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2018; (iii) que la negativa se enmarque en unas causales previstas de forma expresa en la Resolución; (iv) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional ni internacional; (v) no tener una medida de expulsión o deportación vigente; (vi) estar en el país a fecha 3 de julio de 2019; (vii) no ser titular de una visa, ni estar en su proceso de solicitud; y (viii) no ser titular de un PEP, ni estar en trámite del mismo (art. 1°).

Se dispuso su trámite en línea desde el 15 de septiembre hasta el 15 de diciembre de 2019.

PECP. El titular del Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP) quedará autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de un contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas (art. 3 R.3548 de 2019 MRE)334.

La vigencia del PECP se sujetó a un plazo de 90 días, prorrogables por períodos iguales, sin que exceda el término de 2 años. Concluido el mismo, y si el venezolano no ha obtenido una visa, incurrirá en permanencia irregular. (art. 2 de la R. 3548 de 2019).

R. 1567 de 2019 de la UAEMC

Se prevé la renovación del PEP previsto en la Resolución 5797 de 2017, otorgado entre el 3 de agosto y el 31 de octubre del año en cita. Se agregaron los siguientes requisitos: (i) no contar con visa vigente; (ii) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; y (iii) no tener una medida de expulsión o deportación vigente (art. 1°).

Se previó su solicitud en línea a partir del 4 de junio hasta el 30 de octubre de 2019.

Renovación del PEP previsto en la R. 5797 de 2017, por el término de dos (2) años, a partir de la fecha de su vencimiento.

R. 3870 de 2019 de la UAEMC

Se prevé la renovación del PEP previsto en la Resolución 5797 de 2017, otorgado entre el 7 de febrero y el 7 de junio de 2018. Se agregaron los siguientes requisitos: (i) no contar con visa vigente; (ii) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; (iii) no tener una medida de expulsión o deportación vigente; y (iv) no haber sido objeto de cancelación del PEP, por las razones previstas en el artículo 6 de la R. 5797 de 2017 (art. 1°).

Se previó su solicitud en línea a partir del 23 de diciembre de 2019 hasta el 16 de junio de 2020.

Renovación del PEP previsto en la R. 5797 de 2017, por el término de dos (2) años, a partir de la fecha de su vencimiento.

D. 117 de 2020

Se crea un nuevo Permiso Especial de Permanencia dirigido a facilitar la regularidad migratoria, mediante el acceso a contratos laborales o de prestación de servicios.

Expresamente, en los considerandos se señala que: "(...) teniendo en cuenta que se encuentra en el país un número considerable de (...) venezolanos en permanencia irregular y que además continúa la entrada a territorio colombiano de un creciente número de ciudadanos provenientes de dicho país, se hace necesario establecer un mecanismo de regularización temporal que les permita acceder al mercado formal (...)".

Este permiso se sujeta a estas condiciones: (i) ser mayor de edad conforme al ordenamiento jurídico colombiano; (ii) presentar la cédula de identidad venezolana y/o el pasaporte, aun cuando ellos se encuentren vencidos, de acuerdo con los parámetros de la Resolución número 872 de 2019 expedida por el MRE; (iii) no tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior; (iv) no ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente y (v) ser titular según corresponda en cada caso, de: 1. Una oferta de contratación laboral en el territorio nacional, por parte de un empleador, o 2. Una oferta de contratación de prestación de servicios en el territorio nacional, por parte de un contratante. En cualquier caso, la oferta deberá presentarse mediante formulario web. (art. 2.2.6.8.3.2)

Se sujeta al trámite por medio de aplicativo Web que debe iniciar el empleador o contratante (art. 2.2.6.8.3.4.)

PEPFF. Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización. Como actividades autorizadas, se disponen las siguientes: "El titular del Permiso (...) quedará autorizado para ejercer únicamente la actividad u oficio establecido en el formulario web sobre la oferta de contratación, presentado por el empleador o contratante, según corresponda en cada caso. Cualquier infracción a esta disposición causará la terminación automática e inmediata del permiso. (...) Parágrafo 2°. La expedición del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF) se hará sin perjuicio del cumplimiento de las normas establecidas para el ejercicio de profesiones reguladas en el país y la normatividad establecida en normas las laborales o las civiles y comerciales, según la modalidad contractual de que se trate." (art. 2.2.6.8.3.9).

La duración del PEPFF se sujeta al plazo del contrato ofertado, ya sea laboral o de prestación de servicios. En todo caso, el permiso no podrá tener una duración inferior a dos meses ni superior a dos años, siendo posible renovarlo hasta por un plazo máximo acumulado de cuatro años continuos o discontinuos. Se exige para su vigencia cumplir con los registros en el SIRE y en el RUTEC. Por lo demás, frente a su límite temporal, en el artículo 2.2.6.8.3.8 se dispone que: “Si superado el término de vigencia del Permiso (...), el (...) venezolano continúa en el país sin haber regularizado su situación migratoria, incurrirá en permanencia irregular y será objeto del proceso administrativo correspondiente.”

Como regulación específica, se excluye el PEPFF para contratos laborales o de prestación de servicios indefinidos, y se aclara que, en el caso del primero, si se termina sin justa causa el contrato, el permiso mantendrá el tiempo restante de vigencia inicial.

Por último, se señala que el PEPFF sirve como mecanismo de identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional, pero no genera facultades para realizar trámites registrales de las personas.

R. 240 de 2020 del MRE

Establece un nuevo término para acceder al PEP previsto en la R.5797 de 2017, con las condiciones allí previstas, con la salvedad de que el ingreso regular al país haya ocurrido a fecha de 29 de noviembre de 2019.

Se otorgó un plazo de cuatro (4) meses para realizar su solicitud. Por R. 238 de 2020, el término se fijó entre 29 de enero y el 29 de mayo de 2020.

En cuanto al alcance del PEP, se reitera lo que ya se ha descrito sobre el mismo en normas anteriores, a saber: “el Permiso Especial de Permanencia (PEP) es un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.” (art. 3°).

R. 2018 de 2020 de la UAEMC

Se prevé la renovación del PEP previsto en la Resolución 5797 de 2017, otorgado entre el 3 de agosto y el 31 de octubre de 2017 y el 7 de febrero de 2018 y el 7 de junio de 2018. Se

agregaron los siguientes requisitos: (i) no contar con visa vigente; (ii) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; (iii) no tener una medida de expulsión o deportación vigente; y (iv) no haber sido objeto de cancelación del PEP, por las razones previstas en el artículo 6 de la R. 5797 de 2017 (art. 1°).

Se previó su solicitud en línea a partir del 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2020.

Renovación del PEP previsto en la R. 5797 de 2017, por el término de dos (2) años, a partir de la fecha de su vencimiento.

R. 2502 de 2020 del MRE

Establece un nuevo término para acceder al PEP previsto en la R.5797 de 2017, con las condiciones allí previstas, con la salvedad de que el ingreso regular al país haya ocurrido a fecha de 31 de agosto de 2020.

Se otorgó un plazo de cuatro (4) meses para realizar su solicitud.

En cuanto al alcance del PEP, se reitera lo que ya se ha descrito sobre el mismo en normas anteriores, a saber: “Se precisa que el Permiso Especial de Permanencia (PEP) es un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.” (art. 3°).

1. A partir de lo anterior, Migración Colombia señala que a través de las siguientes disposiciones se materializa el alcance del PEP como documento de identificación:

Norma

Alcance

Circular 056 de 2017 del Ministerio de Trabajo

Permite el registro en el Servicio Público de Empleo a los nacionales venezolanos beneficiarios del PEP.

Circular 068 de 2018 de la Superintendencia financiera

Se debe permitir el acceso a los servicios financieros con base en el PEP.

Estableció la expedición del certificado de antecedentes disciplinarios para los beneficiarios del PEP.

Resolución 3015 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social

Reglamentó la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los regímenes subsidiado y contributivo.

Circular Conjunta No. 16 de 2018 del Ministerio de Educación

Instructivo para la atención de niños, niñas y adolescentes en los centros educativos colombianos.

1. De otra parte, la entidad señala que los deberes migratorios están regulados en el Decreto 1067 de 2015 y que ellos son de naturaleza diferente a las obligaciones en materia laboral. Se especifica, en todo caso, que dentro de las acciones sancionatorias migratorias establecidas en el artículo 2.2.1.13.1 del decreto en cita, no existe una relacionada específicamente con la violación al régimen laboral o de seguridad social colombiano.

Ministerio de Relaciones Exteriores³³⁵:

1. Aduce que, en desarrollo de la función de las entidades que conforman el sector administrativo de Relaciones Exteriores en Colombia, dirigida a “dotar al visitante foráneo autorizado para ingresar y permanecer en el territorio nacional de un estatus migratorio regular que le permita desarrollar sus actividades[,] bajo el estricto cumplimiento de las normas que regulan el orden interno”³³⁶, se han establecido distintos tipos de visa. Este instrumento está definido en el artículo 47 del Decreto 1743 de 2015³³⁷ y sus categorías se encuentran regladas en la Resolución 6045 de 2017. Agrega que “el servicio de expedición de visas es rogado, y en ningún caso el Gobierno Nacional otorga una visa sin que sea solicitada por el interesado”³³⁸.

Ministerio del Trabajo³³⁹:

1. El Ministerio indica que en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 100 de la Constitución Política, “los extranjeros en Colombia gozan de los mismos derechos civiles que se les conceden a los nacionales, dentro de los cuales se encuentra el derecho al trabajo en sus acepciones individual, colectiva y seguridad social”³⁴⁰. Señala que para que un extranjero pueda trabajar en Colombia debe cumplir con las normas migratorias y laborales en vigor.

1. En cuanto a las normas laborales, se advierten las siguientes: (i) para el trabajo dependiente, el Código Sustantivo del Trabajo; y (ii) para el trabajo independiente, el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 80 de 1993, entre otras, según el sector y el carácter del empleo. “Sumado a lo anterior, en caso de tratarse de una profesión regulada, la persona

deberá contar con la respectiva autorización del Consejo Profesional o entidad encargada por virtud legal, de regir el ejercicio de una profesión”341.

1. En relación con las normas migratorias, enlista las mismas que reseñaron por Migración Colombia y el Ministerio de Relaciones Exteriores; y agrega las siguientes: Resolución 0361 de 2018 (“Por la cual se implementa un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia - PEP establecido mediante Resolución 0740 del 05 de febrero de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores”), y el Decreto 1288 de 2018 (“Por el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos”). Con sujeción a lo anterior, concluye que: “[e]l ciudadano venezolano beneficiario del PEP se encuentra autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país no regulada, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato de trabajo”342.

1. Destaca el Ministerio que existen obligaciones de reporte de información de las vinculaciones que se hagan de un extranjero en el país, ya sea por contrato de trabajo o contrato de naturaleza civil o comercial, en dos plataformas: (i) con el Decreto 834 de 2013, “todo empleador contará con un término de hasta quince (15) días calendario para registrar a un extranjero” en el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros (SIRE). Este mismo deber se activa y por el mismo término, al cesar la relación contractual343. En todo caso, se precisa que el SIRE opera como una herramienta tecnológica para facilitar el cumplimiento de las obligaciones migratorias. Y, (ii) con la Resolución 4386 de 2018, se creó el Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia (RUTEC), como medio de control de las condiciones en las que los trabajadores extranjeros están prestando sus servicios en el país. El plazo para realizar el registro es máximo de 120 días, a partir de la fecha de vinculación.

1. Por último, en lo concerniente a la afiliación a la seguridad social, se afirma que, a través de la Resolución 3016, el Ministerio de Salud y Protección Social ajusta los tipos de documentos válidos para que las personas con PEP puedan aportar y cotizar a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes. Por lo demás, destaca que la afiliación se puede realizar con el pasaporte y la cédula de extranjería.

Ministerio de salud:

1. El Ministerio de Salud expresa que se encuentra ejecutando una política integral humanitaria respecto de la población migrante de Venezuela, la cual se estructura bajo tres grandes ejes. En el primero se encuentran las personas que han obtenido un PEP, documento que les permite afiliarse al sistema en el régimen contributivo o subsidiado. En el segundo se

localizan las personas inscritas en el RAMV, las cuales pueden acceder a las coberturas previstas en el artículo 7 del Decreto 1288 de 2018344. Y, en el tercero, se halla la atención de urgencias, que se otorga a toda persona nacional o extranjera, sin importar su situación migratoria.

1. Frente a esta última, se señala que la obligación de su prestación se dispone en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en la que se consagra que “[l]a atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el fondo de solidaridad y garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la entidad promotora de salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento (...)”. En cuanto a la cobertura de la urgencia, se transcribe el artículo 8 de la Resolución 5857 de 2018, en la que se describe tal circunstancia en los siguientes términos: “Modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad (...)”.

1. A lo anterior se agrega la referencia a la sentencia T-314 de 2016, en la que se avaló la cobertura de urgencias y se negó la violación del derecho a la salud, por no incluir dentro de las garantías ofrecidas a un migrante irregular la entrega de medicamentos, ni la autorización de tratamientos posteriores a la atención inicial.

1 El alcance y contenido de la demanda se infiere de los derechos invocados por el accionante y de las pretensiones que realiza en el escrito de tutela (folios 2 y 3 del cuaderno 1).

2 Folio 1 del cuaderno 1.

3 El actor utiliza el nombre de “Henry” pero conforme a lo acreditado en el expediente es “Jenrry”.

4 Ibidem.

5 Folia 2 y 3 del cuaderno 1.

6 Folio 6 del cuaderno 1.

7 Folio 7 del cuaderno 1.

8 Folia 14 a 26 del cuaderno 1.

9 Folio 16 cuaderno 1.

11 Folio 15 del cuaderno 1.

12 Folio 16 del cuaderno 1.

13 Folio 17 del cuaderno 1.

14 Folio 16 del cuaderno 1.

15 Folio 17 del cuaderno 1.

16 Folio 22 del cuaderno 1.

17 Folio 23 del cuaderno 1.

18 Se acompaña copia del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá expedido el 30 de agosto de 2018, en el que se reporta el nombre señalado y se reconoce como propietaria a la señora Rosa del Carmen Vargas de Páez. Folios 27 y 28 del cuaderno 1.

19 Actuando a través de apoderado judicial. Folios 30 a 34 del cuaderno de primera instancia.

20 Folios 30 a 34 del cuaderno 1.

21 Ver folio 12 del cuaderno de primera instancia.

22 Folio 36 del cuaderno de primera instancia.

23 Ver segundo cuaderno del expediente.

24 Folio 27 del cuaderno de revisión.

25 Folios 156 a 160 del cuaderno de revisión.

26 Decreto 2591 de 1991, art. 3.

27 Folio 159 del cuaderno de revisión.

28 Folios 35 a 40 del cuaderno 1.

29 Folio 38 del cuaderno 1

30 Folio 39 del cuaderno 1.

31 Ibidem.

32 Folio 45 del cuaderno 1.

34 Folios 4 a 9 del cuaderno 2.

35 Folio 9 del cuaderno 2.

- 36 Folios 25 a 28 del cuaderno de revisión.
- 37 Escrito del 16 de agosto de 2019, folios 84 y 85 del cuaderno de revisión.
- 38 Folio 85 del cuaderno de revisión.
- 39 Ibidem.
- 40 Se agrupan dos escritos del 20 y 27 de agosto de 2019, que constan a folios 92 a 111 del cuaderno de revisión.
- 41 Folio 105 del cuaderno de revisión.
- 42 Folio 94 del cuaderno de revisión.
- 43 Folio 95 del cuaderno de revisión.
- 44 Ibidem.
- 45 Ibidem.
- 46 Se anexan la tarjeta de propiedad y el SOAT que así lo acreditan. Folios 106 y 107.
- 47 Folio 96 del cuaderno de revisión.
- 48 Folio 110 del cuaderno de revisión.
- 49 Ibidem.
- 50 Folios 63 a 82 del cuaderno de revisión. Oficio del 22 de agosto de 2019
- 51 Folio 63 del cuaderno de revisión.
- 52 Ibidem.
- 53 Ibidem.
- 54 Folio 68 del cuaderno de revisión.
- 55 Ibidem.
- 56 Folio 72 del cuaderno de revisión.
- 57 Ibidem.
- 58 Folio 79 del cuaderno de revisión.
- 60 Folios 129 a 138 del cuaderno de revisión. Oficio del 21 de agosto de 2019.
- 61 Folio 137 del cuaderno de revisión.
- 62 Folio 140 del cuaderno de revisión. Oficio del 14 de agosto de 2019.

63 Ibidem.

64 Folios 148 a 155 del cuaderno de revisión. Oficio del 20 de agosto de 2019.

65 El Ministerio del Trabajo, a través de la Resolución 4386 del 9 de octubre de 2018, creó e implementó una plataforma de registro y certificación de trabajadores extranjeros en el país denominada Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia (RUTEC), la cual le permite al Ministerio del Trabajo tener información de primera mano sobre la inmigración laboral, conocer la ubicación geográfica y sectorial de los trabajadores extranjeros, así como supervisar su situación, las condiciones de trabajo, y garantizar el cabal cumplimiento de las normas laborales.

66 Folio 150 del cuaderno de revisión.

67 Folios 179 a 184. Oficio del 20 de agosto de 2019.

68 Este acápite tiene como referencia el capítulo A del documento anexo, que incluye las intervenciones en los aspectos conceptuales y fácticos de la migración Venezuela-Colombia, sin perjuicio de la utilización y adición de fuentes adicionales que complementan los elementos de juicio acopiados por la Corte.

69 Banco Mundial, Migración desde Venezuela a Colombia, Impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo, 2018, p. 15. Esta modalidad se complementa con la denominada migración pendular, la cual se manifiesta en las zonas de frontera de ambos países, y que se caracteriza por la entrada y salida de personas a lo largo del día. Como se advirtió por Colombia en el informe 2018 al Comité CRMW: "(...) los principales motivos de los ciudadanos venezolanos de la TMF [Tarjeta de Movilidad Fronteriza para el desarrollo de la migración pendular] fueron, inter alia, compra de víveres, visita familiar, turismo en zona de frontera, actividades no remuneradas, (...), compra de medicamentos y atención médica". Comité CRMW, Examen del tercer informe periódico que Colombia debía presentar en 2018 en virtud del artículo 73 de la Convención, 2018, p. 2. El total de la población pendular se calcula en 4.880.529 personas a octubre de 2020.

70 Banco Mundial, op.cit., p. 53.

71 Información suministrada por la Andi.

72 El primero conforme a datos otorgados por la Andi y, el segundo, según información del Grupo Semana -Proyectos Venezuela Migraciones.

73 Ibáñez, Ana María, Ortega, María Adelaida, Rodríguez, Marisol, Moya, Andrés, Rozo, Sandra, presentación del documento: Salir de la sombra: impactos de una amnistía en la vida de los migrantes y los locales, p. 2. Un número cercano de 1.771.237 personas se encuentra en el siguiente informe: Banco de la República, Migración desde Venezuela en Colombia: caracterización del fenómeno y análisis de los efectos macroeconómicos, en: Ensayos sobre Política Económica (ESPE), núm. 97, 2020, p. 5.

74 Cifras del Grupo Semana- Proyectos Venezuela Migraciones y del Banco de la República, op.cit., p. 5.

75 Un migrante se considera regular cuando ha sido autorizado para ingresar y permanecer en el Estado colombiano (respecto de la población venezolana se requiere, por lo general, que la persona cuente con una visa y cédula de extranjería, o con un permiso especial de residencia, o estar en proceso de obtención de estos documentos), y se identifica como irregular, cuando tal autorización no se ha otorgado o se ha vencido el tiempo autorizado de permanencia. El Decreto 1067 de 2015 considera que existe un ingreso irregular cuando el mismo se produce en las siguientes circunstancias: “1. Ingreso al país por un lugar no habilitado; 2. Ingreso al país por lugar habilitado[,] pero evadiendo u omitiendo el control migratorio; 3. Ingreso al país sin la correspondiente documentación o con documentación falsa”.

76 Banco de la República, op.cit., p. 11.

77 Todas las cifras son otorgadas por el Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones.

78 Ibidem. En el documento previamente citado del Banco Mundial se advierte lo siguiente: “La condición de irregularidad respondería en parte a limitaciones en la expedición de documentación en Venezuela, así como al costo de obtenerla. La población venezolana reporta restricciones para adquirir los documentos de identidad necesarios para entrar de forma regular (o regularizar su estatus migratorio una vez en Colombia a través de instrumentos como el PEP), como registros de nacimiento apostillados y pasaportes. Dichas restricciones incluirían la no expedición de los documentos mencionados por parte del Gobierno venezolano, su costo de obtención o el vencimiento, robo o pérdida de los documentos en el proceso migratorio. La falta de documentación afecta la integración laboral de los migrantes, su acceso a servicios sociales y el proceso de tránsito para quienes tienen intención de migrar a países diferentes a Colombia, obligándolos a permanecer en el país”. Banco Mundial, op.cit., p. 16.

79 Banco de la República, op.cit., p. 13. Una cifra de 80% es referenciada por Cedetrabajo.

80 Cifra de la Universidad del Rosario.

81 Datos de Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones. La misma relación se expone por el Banco Mundial. Sin embargo, para el Banco de la República la diferencia es de 5 puntos porcentuales.

82 Todas cifras del Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones.

83 Se registraron un total de 442.462 personas.

84 Datos suministrados por la Andi.

85 “Reportes indican que, en Arauca, Vichada y Norte de Santander, migrantes venezolanos han sido reclutados por parte de actores armados como informantes, combatientes o como parte de redes de economías ilegales (microtráfico y venta de estupefacientes, transporte de droga hacia Venezuela, contrabando de combustibles hacia Colombia y en zonas rurales, esta población se ha vinculado a las ofertas de trabajo de la producción de cocaína como raspachines)”. Banco Mundial, op.cit., p. 89.

86 En este punto, en el informe del Banco Mundial previamente citado se señala que: "(...) Migrantes en condición de vulnerabilidad y, en particular, jóvenes, mujeres y menores aislados han sido víctimas de reclutamiento forzado y tráfico de personas. Actividades de prevención y apoyo a las víctimas son clave". Banco Mundial, op.cit., p. 40. La trata de personas también es advertida por la Universidad de los Andes.

87 Datos suministrados por Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones.

88 Banco Mundial, op.cit., p. 81.

89 "Algunas migrantes se han visto obligadas a ejercer la prostitución como uno de los medios para atender sus necesidades económicas y la de sus familias. Estas migrantes están en riesgo de ser violentadas durante el ejercicio del acto sexual y se ven expuestas a infecciones de transmisión sexual (ITS) como sífilis y VIH, cuya prevalencia ha aumentado en áreas de alta concentración de población migrante. La migración también ha traído cambios en las dinámicas del trabajo sexual femenino. Tanto la Fundación Ideas para la Paz, como ONU Mujeres, documentan que con la llegada de venezolanas se dio una reducción sustancial en los precios del trabajo sexual. Evidencia anecdótica indica que las mujeres venezolanas que ejercen la prostitución lo hacen en condiciones desventajosas comparadas con las de mujeres de nacionalidad colombiana, siendo obligadas a cobrar un precio menor, adquirir sus propios preservativos y cumplir estrictas normas de horario y los lugares en los que pueden ejercer esta actividad. (...)" Banco Mundial, op.cit., p. 87.

90 Banco de la República, op.cit., p. 13. En términos de salario, solamente "(...) un 42% de los migrantes ocupados tienen una remuneración superior a 0,9 salarios mínimos legales mensuales vigentes y un 4,4% recibe ingresos superiores a dos SMLMV". La gran mayoría recibe menos de un SMLMV. Ibidem.

91 Datos suministrados por la Universidad del Rosario.

92 Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones.

93 Cifras brindadas por la Andi y el Ministerio del Trabajo.

94 Datos de Grupo Semana - Proyectos Venezuela Migraciones.

95 Banco Mundial, op.cit., p. 92.

96 Ibidem.

97 En el documento Conpes 3950 se afirma lo siguiente: "(...) los costos de la atención en salud son inferiores cuando se accede vía aseguramiento, esquema en el cual se distribuye el riesgo entre un grupo de afiliados, lo que disminuye el costo per cápita, mientras que, el acceso a los servicios por evento vía prestación de servicios a la población no asegurada implica mayor gasto al tener que asumir individualmente el costo de cada atención sin la solidaridad del seguro. Es así como, el valor anual de gasto per cápita en el régimen subsidiado corresponde a 830.523 pesos, mientras que, el costo promedio de la atención más frecuentes realizadas a la población migrante desde Venezuela, en una sola atención por evento es superior a un millón de pesos (...)". Consejo Nacional de Política Económica y

Social, CONPES, documento 3950, Bogotá, 2018, p. 47.

98 Ibidem, pp. 48 y 49. En este mismo documento se destaca que, con respecto a la vacunación, entre agosto de 2017 y 2018, "(...) se aplicaron 515.622 dosis de biológicos incluidos en el Programa Ampliado de Inmunizaciones a personas de nacionalidad venezolana. El costo de estos biológicos ascendió a 7.497.312.441 pesos, sin contar los insumos y talento humano utilizado por las entidades territoriales, Empresas Sociales del Estado e IPS". Ibid.

99 Banco de la República, op.cit., p. 7.

100 En una investigación de Brian G. Knight y Ana Tribin se sostiene lo siguiente: "In this paper, we have brought new data and new setting to a classic question regarding the relationship between immigration and crime. Our first research question involved the relationship between migration and crime, and the key finding here is that homicide rates increased in areas close to the border with Venezuela following the closing and then re-opening of the border in 2016. Thus, immigration of Venezuelans is associated with an increase in crime rates in the receiving municipalities. Our second research question involves addressing whether this increase in homicide rates is driven by homicides against immigrants or homicides against native Colombians, as might be expected by those with xenophobic viewpoints regarding crime. Using information on the nationality of the victim, we find that the increase in the homicide rate was driven by homicides involving Venezuelan victim, with no evidence of a statistically significant increase in homicides involving native Colombians. This is consistent with migrants being victimized and is inconsistent with xenophobic perceptions associated with migrants committing crimes against natives. (...)". Brian G. Knight, Ana Tribin, "Immigration and violent crime: Evidence from the Colombia-Venezuela border" en: National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2020, p. 16.

101 Cedetrabajo afirma que el impacto de la inmigración manejada favorablemente podría oscilar en un 1% del crecimiento del PIB. Por su parte, el Banco Mundial destaca lo siguiente: "[Según] (...) la experiencia internacional en migraciones de gran escala, [se] (...) sugiere que, aun cuando la migración tiene impactos negativos en el corto plazo, su manejo adecuado puede crear crecimiento económico en el mediano y largo plazo. El análisis de impactos muestra, en el corto plazo, un desbordamiento en la demanda por servicios en la mayoría de los sectores evaluados. Sin embargo, esto no implica necesariamente que la migración vaya a tener un impacto negativo en el crecimiento del país en el mediano plazo. Colombia podría alcanzar un mayor crecimiento económico producto de la migración. Para esto, el país necesita darle un manejo adecuado a la migración, priorizando la rápida incorporación de los migrantes (...) al mercado laboral y la pronta mitigación de vulnerabilidades creadas por la migración que pueden convertirse en trampas de pobreza". Banco Mundial, op.cit., p. 14. En términos similares se pronuncia la Universidad de los Andes.

102 El Banco de la República destaca que se observa un impacto menor en la tasa de desempleo total como consecuencia del choque migratorio, y que el mismo tiene como destinatario a los mismos migrantes. Por tal razón, "una llegada de migrantes va a perjudicar a los venezolanos residentes en Colombia elevando sus tasas de desempleo. A su vez, los

sectores que se ven aún más perjudicados por la migración son aquellos de cuenta propia e informales. También se encuentra que la migración desde Venezuela no afecta las variables del sector formal, lo que puede deberse a que muchos de los migrantes se concentran en el sector informal”. Banco de la República, op.cit., p. 58.

103 Para el Banco Mundial: “(...) La regularización del estatus migratorio permitiría aliviar múltiples presiones en la provisión de servicios, incluyendo la cobertura en salud, el aprovechamiento del capital humano de los migrantes, la incorporación de los mismos en el mercado laboral y, con eso la incorporación de los migrantes en el régimen contributivo y el aumento en la inversión, el consumo y los aportes tributarios”. Banco Mundial, op.cit., p. 23. Sobre este punto, en el Documento Conpes 3950 de 2018 se sostiene que: “(...) el ingreso de migrantes a la economía puede incrementar la productividad agregada. Por una parte, si los nuevos trabajadores presentan niveles de habilidad mayores en algún sector, por ejemplo, en la explotación de petróleo y gas, la productividad de dicho sector tendería a aumentar, siempre y cuando las políticas públicas permitan la absorción de dichas capacidades (CGD, 2018). De esta manera, para obtener el mayor beneficio posible de la migración, es fundamental contar con políticas que incentiven la vinculación de la población al mercado laboral de manera rápida”. CONPES, op.cit., p. 28.

104 El Banco Mundial se pronuncia en los siguientes términos: “La crisis económica de Venezuela puede ser catalogada como una de las más severas de la historia económica reciente. El desplome del precio internacional del petróleo en 2014 y un inadecuado manejo de la política económica profundizaron la crisis política y social hasta convertirla en 2017 en la mayor recesión en la historia del hemisferio occidental. Actualmente la economía venezolana padece estanflación, devaluación, crisis inmobiliaria, exacerbado endeudamiento externo y una contracción de la demanda agregada que se ha traducido en reducciones de más del 35% en el producto interno bruto (PIB) en los últimos cuatro años.” Banco Mundial, op.cit., p. 45.

105 La visa se define como “la autorización concedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a un extranjero para que ingrese y permanezca en el territorio nacional. // Otorgada una visa, el Ministerio de Relaciones Exteriores expedirá por una vez, documento electrónico o impreso en etiqueta oficial con indicación de número, clase o tipo de visa y periodo de validez.” Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.1.11.1.1.

106 El artículo 2.2.1.11.2.5 del Decreto 1067 2015 dispone que: “La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia desarrollará mediante acto administrativo, lo concerniente a los tipos, características y requisitos para el otorgamiento de los Permisos de Ingreso y Permanencia, Permisos Temporales de Permanencia a los visitantes extranjeros que no requieran visa y que ingresen al territorio nacional sin el ánimo de establecerse en él, y los Permisos de Ingreso de Grupo en Tránsito.” Énfasis por fuera del texto original.

107 Según lo previsto en la Resolución 3167 de 2019, el PIP se otorga a los extranjeros cuya nacionalidad no requiera visa, y que pretendan ingresar al territorio nacional sin vocación de domicilio ni ánimo de lucro, para permanecer en períodos de corta estancia. Este permiso se suele otorgar para turismo (PT), para labores de integración y desarrollo (PID) y para otras actividades especiales (POA). En estos dos últimos conceptos se incluyen actividades de

cooperación, gestiones personales, procesos educativos, labores periodísticas, etc. Su duración es en promedio de 90 días, pero puede tener una vigencia más corta, según el tipo de actividad.

108 La citada Resolución 3167 de 2019 define el PTP como la “autorización administrativa expedida por Migración Colombia a los extranjeros cuya nacionalidad no requiera visa y que pretendan extender su permanencia, habiendo usado un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), sin que esta exceda los 180 días (contenidos o discontinuos) dentro del mismo año calendario”.

109 Esta visa se prevé para efectos de tránsito entre el territorio nacional y un tercer Estado; para visitar al país con fines de ocio, turismo o interés cultural; para constituir sociedades comerciales; para asistir a tratamientos médicos; para realizar producción audiovisual o contenido digital; para prestar servicios temporales, etc.

110 Conforme a lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 13, esta hipótesis se presenta en los siguientes casos: (i) participar en evento en calidad de conferencista, expositor, deportista, jurado, concursante o personal logístico; (ii) realizar práctica o pasantía; (iii) realizar voluntariado en proyectos de cooperación al desarrollo o en promoción y protección de derechos humanos, (iv) realizar producción audiovisual o digital; (v) realizar cubrimiento periodísticos o permanecer temporalmente como corresponsal de medio extranjero; (vi) prestar servicios temporales a persona natural o jurídica en Colombia, (vii) ocupar cargo en una sede en Colombia de compañía con presencia en el exterior, en virtud de transferencia intracorporativa de personal; e (viii) ingresar al país con el objeto de realizar proyectos de producción y rodaje de obras cinematográficas extranjeras.

112 En los siguientes casos: (1) contar con empleo fijo en Colombia o de larga duración, en virtud de una vinculación laboral o contratación de prestación de servicios con persona natural o jurídica domiciliada en Colombia; (2) haber constituido o adquirido participación en el capital de sociedad comercial en los montos mínimos señalados; y (3) contar con cualificación o experticia para ejercer profesión de manera independiente.

113 Se trata de las siguientes hipótesis: (a) venir al territorio nacional como religioso, misionero o religioso en formación, de una iglesia o confesión, debidamente reconocida por el Estado colombiano; (b) encontrarse admitido o matriculado a estudios de básica primaria, secundaria o media, o programa de educación superior en pregrado de institución educativa en Colombia; (c) haber registrado inversión extranjera directa en Colombia con destino a inmueble; y (d) recibir pensión por jubilación, o recibir renta periódica de fuente lícita acreditable.

114 Resolución 6045 de 2017, art. 23.

115 Resolución 6045 de 2017, art. 36.

116 Resolución 872 de 2019, art. 3.

117 Según el artículo 2 de la Resolución 6045 de 2017, la autoridad de visas es la “oficina ante la cual se presenta la solicitud de visa y la encargada del estudio y decisión sobre la

misma. Serán autoridades de visa en el exterior, los consulados colombianos y secciones consulares de embajadas de Colombia, y en Bogotá, el Grupo Interno de Trabajo Visas e Inmigración”.

118 Así lo dispone el artículo 2.2.1.11.4.1 del Decreto 1067 de 2015.

119 Textualmente, en el Decreto 1067 de 2015 se dispone que: “Artículo 2.2.1.11.4.7. Documento de identidad. Los titulares de las categorías de visas que deban registrarse ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se identificarán dentro del territorio nacional con la respectiva Cédula de Extranjería. Los demás extranjeros se identificarán con el pasaporte vigente. // (...) La Cédula de Extranjería vigente en calidad de Residente, será válida como documento para salir e ingresar del país, sin perjuicio de los requisitos adicionales establecidos en el presente capítulo o en acuerdos internacionales.”

120 El Decreto 1067 de 2015 dispone que: “Artículo 2.2.1.11.5.1. De las actividades que generen beneficio. Toda persona, natural o jurídica que vincule, contrate, emplee o admita un extranjero mediante cualquier modalidad, en especial, relación laboral, cooperativa o civil que genere un beneficio, deberá exigirle la presentación de la visa que le permita desarrollar la actividad, ocupación u oficio declarado en la solicitud de la visa. Así mismo, deberá solicitarle al extranjero la presentación de la Cédula de Extranjería cuando se esté en la obligación de tramitarla en cumplimiento de los requisitos migratorios (...). // En el caso de presentarse una desvinculación antes del término previsto en la relación laboral, cooperativa o civil, que genere beneficio, deberá informar por escrito o por los medios electrónicos establecidos para tal fin a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia acerca de dicha terminación en un término de hasta quince (15) días calendario siguientes a la ocurrencia del hecho. // Toda persona natural o jurídica que vincule, contrate, emplee o admita un extranjero mediante cualquier modalidad, en especial, relación laboral, cooperativa o civil que genere un beneficio, deberá suministrar la información que le solicite la autoridad de control migratorio.”

121 Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.1.11.4.9.

122 Lo anterior ha sido ratificado por la Corte en las sentencias T-314 de 2016 y T-576 de 2019.

123 Folio 132 del cuaderno de revisión.

124 Resolución 5797 de 2017, art. 3.

125 En este sentido se advierten, entre otras, las Resoluciones 740 de 2018, 10677 de 2018, 1567 de 2019, 3870 de 2019, 240 de 2020, 2018 de 2020 y 2502 de 2020. En estas dos últimas se precisa el alcance del PEP en estos términos: “el Permiso Especial de Permanencia (PEP) es un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio

de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.”

126 “Artículo 7. Oferta institucional en salud. Los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos tienen derecho a la siguiente atención en salud: // La atención de urgencias. // Las acciones en salud pública, a saber: vacunación en el marco del Programa Ampliado de Inmunizaciones-PAI, control prenatal para mujeres gestantes, acciones de promoción y prevención definidas en el Plan Sectorial de respuesta al fenómeno migratorio y a las intervenciones colectivas que desarrollan las entidades territoriales en las cuales se encuentren dichas personas, tal y como se indica en la Circular 025 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social. // La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016, en la parte 1, libro 2, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, así como al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de la parte 2, del título 2, capítulo 4, del Decreto 1072 de 2015.”

127 Sobre el particular también se puede consultar la sentencia T-250 de 2017.

128 Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.3.1.3.2.

129 Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.3.1.6.1.

130 (...) Cualquier extranjero que se encuentre en el país, independientemente de su situación migratoria, a excepción de aquellas personas que se encuentren en tránsito, podrá solicitar en cualquier momento el reconocimiento de la condición de refugiado, cuando circunstancias comprobables y sobrevinientes a su salida del país de origen o de residencia habitual le impidan regresar a ese país, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.1.1 del presente decreto.” Ibid.

131 Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.3.1.4.1. En armonía con el artículo 2.2.1.11.4.9, en el cual se especifica que se trata de un salvoconducto SC-2, en los siguientes términos: “Al extranjero que deba permanecer en el país, mientras resuelve su situación de refugiado o asilado y la de su familia, a quienes se les podrá limitar la circulación en el territorio nacional de conformidad con el artículo 2.2.3.1.4.1 de este Decreto. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por noventa (90) días calendario, prorrogable a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, por noventa (90) días calendario más.”

132 Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.3.1.6.12.

133 Decreto 1067 de 2015, art. 2.2.3.1.6.14.

135 Decreto 216 de 2021, art. 3.

136 Decreto 216 de 2021, art. 21.

137 Sobre el particular, la norma en cita dispone que: “Artículo 1. Implementación del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. Impleméntese el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos bajo Régimen de Protección Temporal como mecanismo jurídico dirigido a la población migrante venezolana, que cumpla con las

condiciones establecidas en el artículo 4 del Decreto 216 del 1 de marzo de 2021. // La implementación a que hace referencia el presente artículo se llevará a cabo a través del Registro Único de Migrantes Venezolanos - RUMV y, la posterior solicitud y expedición del Permiso por Protección Temporal (PPT). // La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en la implementación del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, garantizará los derechos de las poblaciones de especial protección por medio de acciones diferenciales, a partir de la información suministrada por los migrantes venezolanos en el Pre - Registro Virtual y la encuesta de caracterización socioeconómica. (...)”.

138 Por la vocación universal del decreto debe entenderse que incluye el PEP tradicional, el PEP-RAMV, el PEP-Militares y el PECP.

139 Decreto 216 de 2021, art. 11. En la Resolución 0971 de 2021, en el artículo 14, se manifiesta expresamente el alcance de la cobertura de regularización migratoria, en los siguientes términos: “(...) Parágrafo 1. El Permiso por Protección Temporal (PPT) siendo un documento de identificación, es válido para que sus titulares puedan acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, contraten o suscriban productos y/o servicios con entidades financieras sujetas a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, convaliden sus títulos profesionales ante el Ministerio de Educación, tramiten tarjetas profesionales y para las demás situaciones donde los migrantes venezolanos requieran identificarse y acreditar su estatus migratorio frente a instituciones del Estado y particulares, sin perjuicio de los demás requisitos que estos trámites requieran. Así mismo, será un documento válido para ingresar y salir del territorio colombiano, sin perjuicio de los requisitos que exijan los demás países para el ingreso a sus territorios. // Parágrafo 2. El Permiso por Protección Temporal (PPT) permite el acceso, la trayectoria y la promoción en el sistema educativo colombiano en los niveles de educación inicial, preescolar, básica, media y superior. Así como la prestación de servicios de formación, certificación de competencias laborales, gestión de empleo y servicios de emprendimiento por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). // Parágrafo 3. La información contenida en el Permiso por Protección Temporal (PPT), y de carácter público podrá ser consultada y validada por cualquier persona por medio de la página web de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.”

140 “Artículo 12. Requisitos para el otorgamiento del Permiso por Protección Temporal (PPT). Podrá aplicar para la obtención del Permiso por Protección Temporal, el migrante venezolano que reúna los siguientes requisitos: 1. Estar incluido en el Registro Único de Migrantes Venezolanos. // 2. No tener antecedentes penales, anotaciones o procesos administrativos sancionatorios o judiciales en curso en Colombia o en el exterior. // 3. No tener en curso investigaciones administrativas migratorias. // 4. No tener en su contra medida de expulsión, deportación o sanción económica vigente. // 5. No tener condenas por delitos dolosos. // 6. No haber sido reconocido como refugiado o haber obtenido asilo en otro país. // 7. No tener una solicitud vigente de protección internacional en otro país, salvo si le hubiese sido denegado.”

141 El artículo 2.2.1.13.1 del Decreto 1067 de 2015 considera que da lugar a sanción migratoria incurrir en permanencia irregular (numeral 6), ingresar o salir del país sin el cumplimiento de los requisitos legales (numeral 11) o desarrollar actividades remuneradas

sin estar autorizado para ello (numeral 13). Por otra parte, se disponen como causales de deportación (artículo 2.2.1.13.1.1), (i) ingresar o salir del país sin el cumplimiento de las normas que reglamentan la materia, siempre y cuando no existan circunstancias especiales que ameriten la sanción de multa (numeral 1) y (ii) encontrarse en permanencia irregular, siempre y cuando no existan circunstancias especiales que ameriten la sanción económica (numeral 3).

142 Decreto 216 de 2021, art. 12, parágrafo 4.

143 Decreto 216 de 2021, art. 17.

144 Estas mismas reglas se precisan, en cuanto a las fechas, en el artículo 38 de la Resolución 0971 de 2021, en concreto, en el artículo 38, al disponer lo siguiente: “Artículo 38. Transición del Permiso Especial de Permanencia (PEP) al Permiso por Protección Temporal (PPT). De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 216 del 1 de marzo de 2021, a partir de esta fecha no se expedirá ningún Permiso Especial de Permanencia (PEP) nuevo, y todos los Permisos Especiales de Permanencia cualquiera sea su fase de expedición, incluido el PEPFF, que se encuentren vigentes, quedarán prorrogados automáticamente hasta el 28 de febrero de 2023, y se podrá descargar la correspondiente certificación de vigencia a través del enlace <https://apps.migracioncolombia.gov.co/consultarVEN/>. // Parágrafo 1. Los titulares del Permiso Especial de Permanencia (PEP) que no hubieren podido renovarlo dentro de los plazos establecidos para dicha renovación, podrán acceder al certificado de validez de su Permiso Especial de Permanencia (PEP) en el siguiente enlace <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep>, el cual estará habilitado desde la publicación de la presente Resolución hasta el 28 de febrero de 2023. // Parágrafo 2. Los migrantes venezolanos que en virtud de la Resolución 2052 del 23 de septiembre de 2020 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y de la Resolución 2359 del 29 de septiembre 2020 expedida por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, cumplen con los requisitos para la expedición del Permiso Especial de Permanencia (PEP) y no pudieron obtenerlo dentro del plazo establecido en dichas resoluciones, podrán hacerlo en el siguiente enlace <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep>, el cual estará habilitado por un término de 3 meses desde la publicación de la presente Resolución. // Parágrafo 3. El Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF), podrá expedirse para aquellos a quienes autorice el Ministerio del Trabajo hasta el 30 de mayo de 2021, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 19 del Decreto 216 de 2021, y con una vigencia máxima hasta el 28 de febrero de 2023.”

145 Decreto 216 de 2021, art. 20, núm. 3.

146 La norma en cita señala que: “Artículo 6. De la prueba sumaria de la fecha de ingreso en forma irregular. Para demostrar que la permanencia irregular es anterior al 31 de enero de 2021, se tendrá como prueba sumaria, aquella que no ha sido controvertida y reúne las condiciones de utilidad, pertinencia y conducencia, de conformidad con lo previsto por la Autoridad Migratoria en “El Manual de Verificación Migratoria”. En estos términos, será admitida como prueba: 1. Todo documento expedido por una entidad pública colombiana, dentro del ejercicio de sus funciones, que permita su individualización por sus datos personales a un migrante venezolano y que evidencie su permanencia en el territorio

nacional desde antes de la fecha señalada. // 2. Todo documento emitido por una persona jurídica, inscrita en Cámara de Comercio o sometida a supervisión de autoridad de vigilancia y control de nuestro país, suscrita por el representante legal, que permita individualizar por sus datos personales a un migrante venezolano y que evidencie su permanencia desde antes de la fecha señalada. // 3. Todo documento emitido por un nacional o persona que tenga Cédula de Extranjería expedida por Colombia, que permita individualizar por sus datos personales a un migrante venezolano y evidencie su permanencia en el territorio desde antes de la fecha señalada. En este caso el documento deberá

contener el nombre de quien lo suscribe, número de identificación y datos de contacto, para efectos de las verificaciones pertinentes. // Los documentos e información que se pretendan hacer valer como prueba sumaria y que ya reposan en las bases de datos de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, solo requerirán de su actualización por parte del migrante venezolano. // La Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF), por sí sola, no constituye prueba de permanencia en el país. // Parágrafo 1. La información entregada a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para probar la fecha desde la cual permanece el migrante en el territorio colombiano, se entenderá rendida bajo juramento en los términos del artículo 7 del Decreto-Ley 019 de 2012. // Se presume la buena fe de los declarantes, sin embargo, serán rechazados los documentos respecto de los cuales, se desvirtúe su autenticidad, veracidad o se evidencie que son fraudulentos, conforme las verificaciones realizadas por las entidades estatales. En este caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que resulten contrarios al ordenamiento jurídico. // Parágrafo 2. La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia también podrá rechazar la prueba aportada que no cumpla con los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia, o que carezca de los requisitos señalados en los numerales del presente artículo. (...)”

147 Resolución 0971 de 2021, art. 17.

148 Resolución 0971 de 2021, art. 20.

149 Decreto 216 de 2021, art. 15, y Resolución 0971 de 2021, art. 21.

150 Al respecto, se destacan las sentencias T-215 de 1996, T-321 de 2005, T-338 de 2015, SU-677 de 2017 y T-210 de 2018.

151 Corte Constitucional, sentencia T-321 de 1996.

152 Corte Constitucional, sentencia C-104 de 2016.

153 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha señalado que: “119. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego

estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”. Corte IDH, opinión consultiva OC-18/03, septiembre de 2003, p. 113.

154 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 del 24 de febrero de 2000, protección de los migrantes.

156 Ibid.

157 “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

158 Aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, art. 2.1.

159 Artículos 8 y 26.

160 Aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

161 Aprobado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996.

162 Artículo 9.2.

163 Aprobada en Colombia mediante la Ley 146 de 1995.

164 Expresamente se dice lo siguiente: “Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular (...)”.

165 Énfasis por fuera del texto original.

166 En similar sentido se pueden consultar las sentencias C-288 de 2009, T-210 de 2018, T-295 de 2018, T-500 de 2018 y T-452 de 2019.

167 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014.

168 Resolución del 17 de septiembre de 2003.

169 Corte IDH, opinión consultiva OC-18/03, septiembre de 2003, fundamento 135.

170 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 del 24 de febrero de 2000, protección de los migrantes.

171 Según lo previsto en el preámbulo y en el artículo 69, conforme al cual: “1. Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista. // 2. Cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar”.

172 Corte IDH, op.cit., fundamento 136. Énfasis por fuera del texto original.

173 “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

174 “Artículo 18. 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

175 Corte IDH, op.cit., fundamento 159.

176 Así lo disponen los artículos 25 y 27 de la CRMW. Por su parte, el artículo 49 de la Carta señala que: “(...) se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. (...)”.

177 Expresamente, el artículo 28 de la CRMW establece que: “Los trabajadores migratorios y sus familias tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esta atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”.

178 Así lo advierte el artículo 35 de la CRMW.

179 Ver artículos artículo 2.2.1.11.7 y 2.2.1.11.8 del Decreto 1067 de 2015.

180 Siguiendo la explicación realizada en los numerales 89 a 107 de esta providencia.

181 Resolución 3016 de 2017 del Ministerio de Salud y protección Social.

182 Recuérdese que algunos de estos mecanismos ya no son susceptibles de ser invocados como el PEP-RAMV, otros tienen vigencia transitoria como el PEPFF, y se espera la implementación del PPT.

183 Ley 100 de 1993, art. 8.

184 “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”.

185 Lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 25 de 2014, en el que se establece que: “La Defensoría del Pueblo es la institución responsable de impulsar la efectividad de los Derechos Humanos mediante las siguientes acciones integradas: promover, ejercer, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos y prevenir sus violaciones; fomentar la observancia del Derecho Internacional Humanitario; atender, orientar y asesorar en el ejercicio de sus derechos a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior; y, proveer el acceso a la administración de justicia, en los

casos señalados en la ley.” Énfasis por fuera del texto original.

186 Corte Constitucional, sentencias C-543 de 1992, T-022 de 2017, T-533 de 2016, T-030 de 2015, T-097 de 2014 y T-177 de 2011.

187 La norma en cita dispone que: “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

188 La norma en cita dispone que: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

189 Corte Constitucional, sentencias C-171 de 2012 y C-185 de 2019. Énfasis por fuera del texto original.

190 Corte Constitucional, sentencia T-118 de 2019. Énfasis por fuera del texto original.

191 Corte Constitucional, sentencias T-1183 de 2003, T-1003 de 2006 T-621 de 2009, SU-070 de 2013, T-350 de 2016, T-610A de 2017 y SU-075 de 2018.

193 Corte Constitucional, sentencias T-593 de 2006, T-992 de 2012, T-292 de 2014 y T-182 de 2015.

194 Corte Constitucional, sentencias T-833 de 2009, T-345 de 2015 y T-084 de 2018.

195 Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2019.

196 Énfasis por fuera del texto original.

197 Énfasis por fuera del texto original.

198 Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2019. Énfasis por fuera del texto original. En la misma línea se pueden consultar las sentencias T-459 de 1992, T-314 de 2016, SU-677 de 2017 y T-143 de 2019.

199 PIDCP, art. 14.1; y CADH, art. 25. Esta última norma establece que: “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. // 2. Los Estados Parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

200 CRMW, arts. 7 y 36.

201 En el artículo 18 del citado instrumento internacional se dispone que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.” Énfasis por fuera del texto original.

202 Con la demanda de tutela se acompañó copia de la cédula de identidad de la República Bolivariana de Venezuela. Folio 6 del cuaderno 1.

203 Resolución 6045 de 2017, art. 36.

204 En el aparte pertinente, la norma en cita dispone que: “Artículo 14. Contenido de la solicitud. Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

205 Corte Constitucional, sentencia SU-150 de 2021.

206 Corte Constitucional, sentencia C-134 de 1994.

207 Véase, entre otras, las sentencias T-735 de 2010, T-387 de 2011, T-657 de 2012, T-731 de 2013, T-782 de 2014 y T- 014 de 2015.

208 Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1993.

209 Corte Constitucional, sentencia T-117 de 2018.

210 Corte Constitucional, sentencia T-694 de 2013.

211 Corte Constitucional, sentencia T-012 de 2012.

212 Folios 27 y 28 del cuaderno 1. En ellos aparece la copia del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el que se reporta que el establecimiento de comercio tiene el nombre de Ferretería Páez Vargas y que su propiedad radica en la señora Rosa del Carmen Vargas de Páez.

213 Código de Comercio, arts. 10, 20 y 28.

214 Énfasis por fuera del texto original.

215 Énfasis por fuera del texto original.

216 Folio 1 del cuaderno 1.

217 Contestación de la acción de tutela (folios 14 a 29 del cuaderno 1), pronunciamiento frente al auto de pruebas del 8 de agosto de 2019 en sede de revisión (folios 92 a 111 del cuaderno de revisión).

218 Oficio No. 0385 del 18 de marzo de 2019 (folio 11 del cuaderno 1). Ver, sobre el particular, el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

219 Folio 10 del cuaderno 1. En los términos previstos en el artículo 301 del CGP.

220 Al respecto, el artículo 53 del CGP establece que: “Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas. // 2. Los patrimonios autónomos. // 3. El concebido, para la defensa de sus derechos. // 4. Los demás que determine la ley.”

221 Código Civil, arts. 1502, 1503 y 1504.

222 Ley 1996 de 2019, arts. 32 y subsiguientes.

223 Énfasis por fuera del texto original.

224 Énfasis por fuera del texto original.

225 “Artículo 28. Por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, en los siguientes casos: 1. En ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes. // 2. En los procesos de mínima cuantía. // 3. En las diligencias administrativas de conciliación y en los procesos de única instancia en materia laboral. // 4. En los actos de oposición en diligencias judiciales o administrativas, tales como secuestros, entrega o seguridad de bienes, posesión de minas u otros análogos. Pero la actuación judicial posterior a que dé lugar la oposición formulada en el momento de la diligencia deberá ser patrocinada por abogado inscrito, si así lo exige la ley.”

226 Énfasis por fuera del texto original.

227 Énfasis por fuera del texto original.

228 En lo referente a los extranjeros que residen, habitan o se encuentran en el territorio colombiano, los documentos válidos son: (i) la cédula de extranjería (artículo 2.2.1.11.4.4 del Decreto 1067 de 2015); (ii) el pasaporte (artículo 2.2.1.11.4.7 del Decreto 1067 de 2015); (iii) el Permiso Especial de Permanencia (en cualquiera de las categorías explicadas con anterioridad en el presente fallo: PEP, PEP-RAMV, PEP-Militares, PECP y PEPFF) y, recientemente, (iv) el Permiso por Protección Temporal (PPT), creado en el Decreto 216 de 2021.

229 Corte Constitucional, sentencias C-059 de 1993, C-544 de 1993, T-538 de 1994, C-037 de 1996, T-268 de 1996, C-215 de 1999, C-163 de 1999, SU-091 de 2000.

231 Énfasis por fuera del texto original.

232 CP art. 53.

233 Énfasis por fuera del texto original.

234 Corte IDH, opinión consultiva OC-18/03, septiembre de 2003. Fundamento 173.

235 Ibidem.

236 Tal y como se mencionó con anterioridad, en lo referente a los extranjeros que residen, habitan o se hallan en el territorio colombiano, los documentos válidos son: (i) la cédula de extranjería (artículo 2.2.1.11.4.4 del Decreto 1067 de 2015); (ii) el pasaporte (artículo 2.2.1.11.4.7 del Decreto 1067 de 2015); (iii) el Permiso Especial de Permanencia (en cualquiera de las categorías explicadas con anterioridad en el presente fallo: PEP, PEP-RAMV, PEP-Militares, PECP y PEPFF) y, recientemente, (iv) el Permiso por Protección Temporal (PPT), creado en el Decreto 216 de 2021.

237 Folio 6 del cuaderno 1.

238 Folio 174 del cuaderno de revisión.

239 La norma en cita dispone que: “Artículo 257. Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones: (...) 3. Dictar reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”.

240 La norma en cita, en el aparte pertinente, dispone que: “(...) Las demandas se presentarán en forma de mensaje de datos, lo mismo que todos sus anexos, a las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para efectos del reparto, cuando haya lugar a este. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

241 “La demanda se entregará, sin necesidad de presentación personal, ante el secretario del despacho judicial al que se dirija o de la oficina judicial respectiva, quien dejará constancia de la fecha de su recepción. (...)”.

242 En cuanto al otorgamiento de los poderes especiales en el citado artículo 74 del CGP, se preveía que podían “conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario”, esta última actuación demandada acreditar una identificación válida en Colombia, según lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 960 de 1970, según el cual: “La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonio de cuáles son estos. Sin embargo, en caso de urgencia a falta de documento especial de identificación, podrá el Notario identificarlos con otros documentos auténticos, o mediante la fe de conocimiento por parte suya. Y cuando fuere el caso, exigirá también la tarjeta militar”.

243 Énfasis por fuera del texto original.

244 Decreto 806 de 2020, art. 16.

245 Corte IDH, opinión consultiva OC-18/03, septiembre de 2003. Fundamento 159.

246 Decreto 1067 de 2015, artículos 2.2.1.13.1 y siguientes.

247 Énfasis por fuera del texto original.

248 Ver, por ejemplo, las sentencias SU-961 de 1999 y SU-108 de 2018.

249 Corte Constitucional, sentencias SU-108 de 2018. Énfasis por fuera del texto original.

250 Decreto 2591 de 1991, art. 8.

251 Ver, sentencia T-603 de 2015.

252 Ibidem.

253 En la sentencia T-434 de 2018 se expuso que: “La Sala Plena de esta Corporación ha justificado el uso de las facultades extra y ultra petita del juez constitucional en su función de control concreto en el deber que le fue impuesto en el artículo 241 Superior de preservar la integridad de la Constitución Política y el alcance del artículo 86 de la misma Carta. De esta forma, en procura de la protección de las garantías fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela, la Sala puede realizar un estudio del caso que no solamente se circunscriba a las pretensiones esbozadas en la demanda, sino que, además, contemple todas aquellas posibilidades a que tenga derecho legalmente y que aseguren el cuidado de las prerrogativas del peticionario. Sobre el particular, en el Auto No. 360 de 2006, esta Corte indicó que el juez de tutela tiene permitido examinar los hechos de la demanda y determinar cuáles son los derechos fundamentales amenazados y/o vulnerados, sin que deba circunscribirse únicamente a los hechos de la demanda. (...) Lo anterior permite concluir que el juez de tutela tiene la facultad de emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica (...) puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario”. Énfasis por fuera del texto original.

254 Folio 22 del cuaderno 1.

255 Textualmente, se señala que: “Es cierto que este no es el mecanismo de defensa para acudir al pago de salarios y prestaciones sociales, pues en este momento no es mi pretensión acceder a ello, simplemente decido acceder a la justicia colombiana por estos medios por tratarse de vulneración de derechos fundamentales, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y por cuestión de tiempo no es posible acceder a la justicia ordinaria ya que se trata del hecho de que pueda perder la movilidad de la mano por no tener un servicio de salud ni siquiera particular, pues se me despide de forma verbal luego del accidente ocurrido, incapacitado para laborar y sin ningún tipo de protección luego de haber trabajado por un lapso de 4 meses”. Folio 45 del cuaderno 2.

256 De manera puntual, se dijo que: “Con fundamento en los criterios jurisprudenciales expuestos, debe advertirse que la situación controvertida versa sobre un litigio de naturaleza legal, en el cual debe determinarse si, realmente, entre el demandante y la entidad territorial municipal demandada, existió una relación contractual de carácter laboral, donde se pretende que, previa la declaratoria de existencia de dicho vínculo, se ordene el reconocimiento de cesantías y demás prestaciones sociales.// A juicio de la Sala, el asunto sub lite escapa al conocimiento de la jurisdicción constitucional de tutela, por cuanto

el ordenamiento jurídico tiene dispuesto para su definición otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales el accionante, con las pruebas pertinentes, podrá acreditar la evidencia de la situación contractual laboral, a fin de obtener el pago de las acreencias respectiva, ante el juez de la causa. // Por lo tanto, la eventual vulneración de los derechos fundamentales invocados como fundamento de la acción de tutela formulada, está supeditada a la demostración de la existencia de la relación laboral, por parte del demandante, de conformidad con la observancia del procedimiento legal, previamente establecido, y ante el juez competente, situación que torna en improcedente la acción extraordinaria, subsidiaria y residual de la tutela, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada sobre la materia, como correctamente lo señaló el Tribunal de instancia en el proceso de tutela.// Adicionalmente, no procede el amparo constitucional en forma transitoria, toda vez que no se encuentra demostrada la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace los derechos del demandante, como tampoco su mínimo vital o el de su familia, ni se trata de una persona de la tercera edad cuya vida en condiciones dignas dependa del reclamo prestacional planteado.” Énfasis por fuera del texto original.

257 Énfasis por fuera del texto original.

258 Énfasis por fuera del texto original.

259 Énfasis por fuera del texto original.

260 Decreto 2591 de 1991, arts. 19, 20 y 21.

261 Decreto 2591 de 1991, arts. 29 y 32.

262 Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1998.

264 Énfasis por fuera del texto original.

265 Corte IDH, opinión consultiva OC-18/03, septiembre de 2003. Fundamento 159.

266 Como se ha dicho, la norma en cita dispone que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

267 Ley 1149 de 2007, art. 7.

268 Folio 22 del cuaderno 1.

269 Folio 96 del cuaderno de revisión.

270 Folio 105 del cuaderno de revisión.

271 Ibidem.

272 Ibidem.

273 Folio 85 del cuaderno de revisión.

274 Folio 7 del cuaderno 1.

275 Folio 16 del cuaderno 1.

276 Folio 72 del cuaderno de revisión.

277 Folio 63 del cuaderno de revisión.

278 Folio 1 del cuaderno 1.

279 Folio 79 del cuaderno de revisión.

280 Folio 70 del cuaderno 1.

281 Folio 85 del cuaderno de revisión.

282 Folio 70 del cuaderno 1.

283 La norma en cita dispone que: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

284 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL362-2018, adoptada el 21 de febrero de 2018, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

285 Decreto 25 de 2014, art. 2. Énfasis por fuera del texto original.

286 Énfasis por fuera del texto original.

287 “Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual”.

288 “Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.

289 Declarado exequible en la sentencia C-213 de 2020, con excepción de la expresión “y caducidad”, prevista en el párrafo del artículo 1.

290 Folio 174 del cuaderno de revisión.

291 La doctrina ha dicho que el principio de igualdad o equilibrio en el proceso “(...) es la posibilidad para todos los habitantes de ejercer sus derechos en juicio obteniendo protección jurídica del estado, en igualdad de condiciones”. MORALES MOLINA, Hernando, curso de Derecho Procesal Civil, parte general, Editorial ABC, Bogotá, 1985, p. 187.

293 El artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social dispone que: “El juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los

pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”.,

294 El artículo 167 del Código General del Proceso consagra que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. // No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. // Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. // Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

295 Corte Constitucional, sentencia T-210 de 2018.

296 Énfasis por fuera del texto original.

297 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

298 La norma en cita dispone que: “Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...) b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno. (...)”.

299 Artículo 2.5.3.2.3.

300 Ibidem.

301 Ibidem.

302 Artículo 8 numeral 5 de la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”. La definición descrita complementó aquella prevista en el artículo 2.5.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, anteriormente mencionada.

303 Puntualmente, en los citados actos administrativos se señala que la atención de urgencia corresponde a una “modalidad intramural de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la

integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”.

304 Énfasis por fuera del texto original.

305 En especial, conforme a lo dispuesto en las sentencias SU-677 de 2017 y T-210 de 2018.

306 El escrito de intervención se realiza por parte de los señores Carolina Moreno Velásquez, Gracy Pelacani, Juan Manuel Amaya Castro, Néstor Javier Ortiz Díaz y Laura Ostos Saavedra, invocando los tres primeros su condición de profesores del Centro de Estudios de Migración (CEM) y los dos siguientes la calidad de estudiante y asesor, respectivamente, de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Folios 172 a 177 del cuaderno de revisión.

307 “Artículo 2. (...) 1. Se entenderá por ‘trabajador migratorio’ toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.”

308 Ley 146 de 1994, arts. 5 y 25.

309 Folio 176 del cuaderno de revisión.

310 Intervención del Centro de Estudios del Trabajo -Cedetrabajo-, suscrita por Mario Alejandro Valencia, en calidad de director ejecutivo. Folios 169 y 170 del cuaderno de revisión.

311 Folio 169 del cuaderno de revisión.

312 Folios 169 y 170 del cuaderno de revisión.

313 Interviene Iván Daniel Jaramillo Jassir, en calidad de profesor de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia. Folios 141 a 146 del cuaderno de revisión.

314 Folio 142 del cuaderno de revisión.

316 Folio 145 del cuaderno de revisión.

317 Suscrita por el Asesor de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo. Folios 147 a 164 del cuaderno de revisión.

318 Folio 149.

319 Intervención de la ANDI por parte de Alberto Echavarría Saldarriaga, en calidad de vicepresidente de Asuntos Jurídicos. Folios 113 a 126 del cuaderno de revisión.

320 Folio 114 del cuaderno de revisión.

321 Intervienen Alexandra Castro Franco y Valentina Zambrano Camelo, en nombre del Observatorio de Migraciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Folios

185 a 189 del cuaderno de revisión.

322 Folio 188 del cuaderno de revisión.

323 Al respecto, se cita el siguiente documento: OIT, Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª Reunión, Primera Edición, Ginebra, 2005.

324 Intervención proveniente de Paula Marcela Escobar Correa. Folios 197 a 208 del cuaderno de revisión.

325 Folio 199 del cuaderno de revisión.

326 Ibídem.

327 Folio 202 del cuaderno de revisión.

328 Folios 202 y 203 del cuaderno de revisión.

329 Folio 204 del cuaderno de revisión.

330 Folio 208 del cuaderno de revisión.

331 Firma Guadalupe Arbeláez Izquierdo, en calidad de Jefe Oficina Asesora Jurídica -UAEMC. Folios 139 a 146.

332 Folio 132 del cuaderno de revisión.

333 Los cuadros no son de autoría de Migración Colombia. Las normas fueron consultadas por la Corte a partir de referencias extraídas de la intervención efectuada por la entidad. Sin embargo, la información se adicionó con datos brindados por otras autoridades y por la búsqueda de este tribunal. Para su cabal entendimiento, es preciso tener en cuenta el siguiente glosario de siglas: (i) D= Decreto; (ii) R= Resolución; (iii) MRE= Ministerio de Relaciones Exteriores; (iv) UAEMC= Unidad Administrativa Especial Migración Colombia; (v) PEP= Permiso Especial de Permanencia; (vi) RAMV= Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos; y (vii) PECP= Permiso Especial Complementario de Permanencia.

334 Norma no citada en la intervención efectuada por Migración Colombia. Información complementaria incluida por la Corte Constitucional.

335 Firma Rafael Guillermo Arismendy Jiménez, en calidad de director (E) de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano. Folios 139 a 140 del expediente de revisión.

336 Folio 140 del cuaderno de revisión.

337 La norma en cita establece que: "Definición de la visa. Es la autorización concedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a un extranjero para que ingrese y permanezca en el territorio nacional. // Otorgada una visa, el Ministerio de Relaciones Exteriores expedirá por una vez, documento electrónico o impreso en etiqueta oficial con indicación de número, clase

o tipo de visa y periodo de validez.”

338 Ibidem.

339 Firma Jorge Humberto Ruíz Victoria, en calidad de Asesor de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, según acto administrativo 3149 del 25 de agosto de 2017. Folios 147a1 164 del cuaderno de revisión.

340 Folio 149 del cuaderno de revisión.

341 Ibidem.

342 Folio 149 del cuaderno de revisión.

343 Según se advierte sobre el particular, el párrafo transitorio del artículo 40 del Decreto en cita dispone: “Hasta tanto se establezca la comunicación de bases de datos del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, toda persona, natural o jurídica que vincule, contrate, emplee o admita a un extranjero mediante cualquier modalidad o relación que genere un beneficio, en especial laboral, cooperativa o civil, deberá informar por escrito o por los medios establecidos para tal fin a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, sobre su vinculación, contratación o admisión, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la iniciación o terminación de labores.”

344 La norma en cita dispone que: “Artículo 7. Oferta institucional en salud. Los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos tienen derecho a la siguiente atención en salud: // La atención de urgencias. // Las acciones en salud pública, a saber: vacunación en el marco del Programa Ampliado de Inmunizaciones-PAI, control prenatal para mujeres gestantes, acciones de promoción y prevención definidas en el Plan Sectorial de respuesta al fenómeno migratorio y a las intervenciones colectivas que desarrollan las entidades territoriales en las cuales se encuentren dichas personas, tal y como se indica en la Circular 025 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social. // La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016, en la parte 1, libro 2, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, así como al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de la parte 2, del título 2, capítulo 4, del Decreto 1072 de 2015.”