

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-449/21

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Reintegro y pago de salarios

CONTRATO REALIDAD-Caso en que se configuraron los presupuestos jurídicos

CONTRATO REALIDAD-Definición

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

CONTRATO REALIDAD-Elementos esenciales que deben demostrarse

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA-Vulneración por suspensión unilateral e indefinida del contrato de trabajo

(...) (la empresa) menoscabó los derechos laborales y prestacionales de su trabajadora al suspender unilateral e indefinidamente el contrato de trabajo y por consiguiente el pago del salario y los aportes a seguridad social de su trabajadora (...), dicha suspensión no cumplió con los elementos de causalidad, esto es, ser libre y voluntario por parte del trabajador, y de temporalidad, al no indicarse un plazo para el retorno al trabajo.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Empleador conocía o debía conocer estado de embarazo de trabajadora

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Suspensión del contrato de trabajo

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

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

DERECHO AL TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL-Contexto del trabajador

migrante en situación regular o irregular

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA-Protección constitucional especial

(...), es nulo todo despido de una mujer embarazada sin que exista una autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo. Al ejecutarse una desvinculación en los anteriores términos, no solo se activan las garantías legales previstas en el artículo 239 del C.S.T. sino también las constitucionales en los términos de las Sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018, dentro de las cuales, por lo general se prevé el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

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

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Garantizados por la comunidad internacional

EMPLEADOR-Responsabilidad en pago de licencia de maternidad por negligencia en afiliación de trabajadora

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

LICENCIA NO REMUNERADA-Naturaleza jurídica

(...), se trata de un permiso que no es obligatorio conceder por expreso mandato de la ley, como por ejemplo la licencia por luto o calamidad doméstica, sino que se trata de un acuerdo entre las partes como consecuencia de la petición libre y espontánea del trabajador sin necesidad de una justificación expresa, y por esa razón, no son remuneradas, puesto que el trabajador no presta sus servicios durante el tiempo que dure la licencia.

PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD-Responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz o empresa controlante

PRUEBA ELECTRONICA-Valor probatorio de las capturas de pantalla extraídas de las

aplicaciones de texto whatsapp como prueba indiciaria

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

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

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

REGIMEN MIGRATORIO EN COLOMBIA-Generalidades

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Garantía de derechos irrenunciables

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento

SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO-Causales taxativas

(...), si bien el empleador está facultado por la ley laboral para suspender los contratos de trabajo de sus empleadores por motivos expresos, las obligaciones distintas al pago de salario, que cesan por motivo de la suspensión, no pueden ser desconocidas ni omitidas por parte del empleador pues la norma, al contemplar los efectos de la suspensión, no dispuso en ningún momento la interrupción de otro tipo de obligaciones derivadas del contrato de trabajo tales como las referentes a la seguridad social.

Sentencia T-449/21

Expediente: T-8.109.017

Acción de tutela interpuesta por Marbelys Caridad Pineda Pulido contra Inversiones Super Bally S.A.S. y la vinculada, International Games Sistem Solutions S.A.S.

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela del 12 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, que revocó la sentencia de primera instancia, del 8 de julio de 2020, dictada por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá por medio del cual se ampararon los derechos fundamentales a un debido proceso, trabajo, mínimo vital, igualdad, vida digna, seguridad social y protección de la mujer embarazada, de Marbelys Caridad Pineda Pulido contra Inversiones Super Bally S.A.S. y la vinculada International Games Sistem Solutions S.A.S.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos probados

1. 1. La ciudadana venezolana Marbelys Caridad Pineda Pulido indicó que había celebrado un contrato verbal con la empresa Super Bally S.A.S., propietaria del casino Super Bally, en el cual prestó sus servicios en labores varias desde el día 8 de enero de 2019. Sin embargo, el juez de tutela al revisar la contestación de la demanda de tutela advirtió un problema en parte pasiva y procedió a vincular como posible empleador a la empresa International Games Sistem Solutions S.A.S., propietaria del Casino Super Panacea.

2. En efecto, la confusión radica en que ambas sociedades comparten objeto social, las dos son propietarias de casinos y sus oficinas principales se ubican en el tercer piso del mismo edificio. A su turno, el Casino Super Panacea de propiedad de International Games Sistem Solution se encuentra en el primer piso.

Inversiones Super Bally S.A.S.

International Games Sistem Solutions S.A.S.

Representante legal

Romero Vargas Milbia Marleny

Robayo Romero Andrés Ricardo

Robayo Romero William Ernesto

Domicilio principal

Calle 40 Sur 77 A 67 Ofi.303

Calle 40 Sur No. 77A-67

Objeto social

La explotación de casinos, juegos de suerte y azar y juegos localizados.

(...) C. Ensamble, fabricación, compra, venta, distribución y comercialización de toda clase de máquinas, implementos incluidas, partes, accesorios, repuestos para dichas máquinas y establecimientos de juegos.

Establecimientos de comercio

-Casino Super Bally

-Carnaval Bogotano

-Casino Jade

-Sportbet

-Casino Super Panacea (con embargo vigente)

-Real Emotion (con embargo vigente)

3. En sede de revisión, la accionante aclaró que la “rotaban” en varios casinos y que prestó sus servicios de manera persona a International Games Sistem Solutions S.A.S., especialmente en el Casino Panacea. Como prueba de ello, aportó 2 videos del lugar de trabajo y 45 capturas de pantalla de la plataforma de mensajería instantánea, WhatsApp, con conversaciones sostenidas con quien habría sido su jefe inmediato, Pilar Moreno, en las que se aprecia: la asignación de turnos en distintos locales, informes del estado de las máquinas, descuentos por faltantes y pago de salarios y primas, llamados de atención, información sobre su estado de embarazo de alto riesgo con amenaza de aborto, entre otras comunicaciones.

4. De igual modo, allegó algunos pantallazos de las conversaciones sostenidas con el señor Andrés Robayo Romero, en las que le reportó: ventas, consignaciones bancarias, solicitó autorización para hacer pagos de salarios, informó sobre el mal funcionamiento de algunas máquinas, e incluso, avisó sobre su llegada tarde al trabajo por problemas de transporte. Incluso, en algunas de las capturas de pantalla se aprecia una relación de coordinación del trabajo y los asuntos de personal entre Pilar Moreno y Andrés Robayo.

5. Afirma que, el 19 de marzo de 2020, la señora Pilar Moreno, quien alega que en su momento fue la persona que la contrató, informó por medio de un grupo de WhatsApp que con ocasión de la medida preventiva de aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno por la pandemia del Covid-19 todos los trabajadores debían permanecer en sus hogares y, por lo tanto, “fue enviada a su casa”. Adujo que, el 24 de marzo de 2020, le hicieron firmar un “formato de solicitud de permiso no remunerado”. Sin embargo, manifiesta que la única copia del documento diligenciado quedó en poder de la empresa por lo que no pudo aportar copia de este, sino copia del documento en blanco que le habían entregado.

6. El 4 de junio de 2020, la accionante remitió al correo pilarmoreno974@hotmail.com una petición dirigida al “GERENTE GENERAL SUPER BALLY SAS. NIT. 830.136.763-7 CLL 40 sur N° 77A-67, teléfonos: 4038962, 4540895, 3112293002, 3114529898”, por medio de la cual, solicitó copia de los comprobantes de nómina durante todo el tiempo que laboró en la empresa, así como copia de las planillas de pago de la seguridad social en salud y pensión. En el mismo escrito, la demandante le solicitó a su empleador la cancelación de los salarios y “el reconocimiento a lo indicado en la Ley 1857 del 2017, respecto de la jornada familiar” y “reconocimiento a lo indica el artículo 21 de la ley 50 de 1990, con respecto a las dos horas

semanales de capacitación, recreación, etc.”

7. Manifiesta la accionante que desde la fecha en que se suspendió el contrato no le fueron cancelados los salarios ni se han realizado aportes a seguridad social.

8. El 13 de julio de 2021, en respuesta al auto de pruebas, la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido señaló que para asegurar su sustento tuvo un trabajo temporal “en una fama en cajica (sic) y mi hijo trabaja en un moto lavado de manera informal”, y que su hijo, el cual nació el día 30 de julio de 2020, se encuentra hospitalizado en la clínica Colsubsidio infantil, a la espera de una cirugía.

9. Por último, en cuanto a su situación migratoria, la accionante no cuenta con permiso especial de permanencia (PEP) ni con salvo conducto, pero sí con “Pre-registro virtual de inscripción en el Registro Único de Migrantes Venezolanos –RUMV” desde el 09 de mayo de 2021.

Solicitud de tutela

10. El 24 de junio de 2020, Marbelys Caridad Pineda Pulido promovió acción de tutela en contra de su supuesto empleador, Inversiones Super Bally S.A.S., con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital, igualdad, vida digna, seguridad social en salud y protección de la mujer embarazada, presuntamente vulnerados por la accionada con ocasión de la suspensión del contrato de trabajo y el no pago de salarios y prestaciones desde el día 19 de marzo de 2020 y hasta la fecha de presentación de la acción de tutela.

10En particular, solicitó al juez de tutela: (i) conceder el amparo de los derechos invocados; (ii) que se ordene a la demandante “que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia que se resuelva la tutela declarar la ineficacia de la suspensión del contrato de trabajo y como consecuencia de ello se ordene al pago del salario y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la suspensión del contrato de trabajo y los que en adelante se causen”; (iii) que se declare cualquier otra prestación que el juez considere en aras de garantizar el amparo efectivo de sus derechos fundamentales.

Trámite Procesal

11. Mediante auto del 25 de junio de 2020, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá admitió la tutela y vinculó al Ministerio de Trabajo para que se pronunciase sobre los hechos de la demanda. Posteriormente, con auto del 7 de julio de 2020, el Juzgado de primera instancia dispuso vincular al Fondo Financiero Distrital de Salud, a la Secretaría Distrital de Salud y a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. con el fin de que se pronunciaran sobre los hechos objeto de la demanda. Ello, debido a que la accionante manifestó encontrarse hospitalizada y recibiendo atención en salud a través del Fondo Financiero Distrital.

12. En una segunda providencia, fechada ese mismo 7 de julio de 2020, el Juzgado dispuso vincular a International Games Sistem Solution S.A.S. por cuanto Inversiones Super Bally S.A.S. manifestó en su escrito de contestación de la demanda que no tenía vínculo laboral alguno con la accionante, y señaló como su posible verdadero empleador a la empresa International Games Sistem Solutions S.A.S., propietario del Casino Super Panacea.

Contestación de la accionada y las vinculadas

13. Dentro de término concedido para el efecto, el Ministerio de Trabajo le solicitó al juez de tutela declarar improcedente la acción de tutela respecto de dicho Ministerio por falta de legitimación por pasiva y solicitó su desvinculación.

14. Inversiones Super Bally S.A.S., mediante escrito presentado por su representante legal, Milbia Marleny Romero Vargas, contestó que entre la demandante y su representada no existió una relación de trabajo. Adicional a ello, señaló que la accionante “posiblemente prestó sus servicios para la empresa International Games Sistem Solutions S.A.S”.

15. Por otra parte, las demás entidades vinculadas guardaron silencio frente a los hechos y las pretensiones de la acción de tutela.

Sentencia de primera instancia

16. El juez de primera instancia consideró, como cuestión preliminar, que si bien la acción de tutela se dirigió inicialmente contra Super Bally S.A.S., de acuerdo con el requisito de “legitimación en la causa por pasiva a que se refiere el art. 5º del Dec. 2591 de 1991, referente a que la demanda de amparo debe dirigirse contra la autoridad o el particular

presuntamente responsable del agravio, esto es que, para asuntos de tutela donde se discuten vulneraciones a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de embarazo, se necesita advertir que “entre ambas partes existe una relación que implica subordinación”; trátase por tanto, en este caso, de un vínculo laboral entre la gestante y el accionado de quien debe acreditarse que funja como su empleador”.

17. Mediante constancia secretarial del 6 de julio de 2020, el Oficial Mayor del Juzgado 8 Civil Municipal de Bogotá señaló que “me comuniqué con Marbelys Caridad Pineda quien me manifestó que se encontraba hospitalizada, ante lo cual le pregunté a qué entidad de salud se encuentra afiliada, manifestándome que no tiene ninguna EPS, de manera que la atención se la brindan a través del Fondo Financiero Distrital de Salud. Igualmente, le pregunté el nombre del local donde labora, informándome que se llama Casino Super Panacea.” Asimismo, dentro de las constancias aportadas con el expediente de tutela se adjuntó un correo electrónico remitido desde el correo mpine717@gmail.com, el cual se pudo identificar como de propiedad de la accionante, pues es el mismo que obra en el escrito de demanda, en el que se allegó un formato de solicitud de permiso no remunerado y una comunicación fechada en 24 de marzo de 2020 con asunto de referencia “licencia temporal no remunerada”.

18. En la valoración del vínculo de subordinación, el a quo consideró que “tégase en cuenta que del material documental arrimado se colige que, el comunicado del 24 de marzo de 2020, en donde se indica la necesidad de diligenciar un formato de permiso no remunerado dirigido al personal que labora en la mencionada empresa, fue emitido por el señor Andrés Robayo, quien según el documento consultado y citado anteriormente, ejerce como su representante legal. Por ello, la relación jurídica que implica la existencia del supuesto de subordinación de la accionante, se predica respecto de International Games Sistem Solutions S.A.S., más no de la sociedad inicialmente demandada.”

19. En cuanto al requisito de la subsidiariedad, el juez determinó que la tutela es procedente, por cuanto Marbelys Pineda Pulido es un sujeto de especial protección constitucional al encontrarse en estado de gestación de alto riesgo.

20. Superada la procedencia, con sentencia del 8 de julio de 2020, el Juzgado Octavo Municipal de Bogotá resolvió tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral

reforzada, mínimo vital, seguridad social y vida digna de la demandante. Asimismo, el a quo ordenó a International Games Sistem Solutions S.A.S. a “que en el término de 48 horas contadas a la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, reintegre a MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO a un cargo que consulte su estado de embarazo, sin desmejorar en todo caso sus condiciones laborales preexistentes y teniendo en cuenta la situación actual de la pandemia” y al pago del “salario y las prestaciones dejadas de percibir desde la suspensión del contrato por causa del permiso no remunerado y hasta la fecha efectiva del reintegro”. En cuanto a la empresa Super Bally S.A.S. no resolvió pretensión alguna, no obstante, no lo desvinculó del trámite de tutela.

21. El juez de instancia consideró, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, que los empleadores del sector privado no se encontraban habilitados para imponer permisos no remunerados, sin que mediase la decisión voluntaria del trabajador, como ocurrió en este caso, toda vez que la señora Pineda Pulido no diligenció voluntariamente el formato de permiso que le fuere suministrado por su empleador. De ahí la lesión a los derechos al mínimo vital de la accionante y a la vida digna de su hijo por nacer.

22. A su vez, arguyó respecto de Marbelys Pineda Pulido que ésta ostenta la calidad de “población pobre no asegurada que no se encuentra afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado, y que carece de medios de pago para sufragar los servicios de salud, quienes mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”. Conclusión a la que llegó al constatar que los servicios de salud de la demandante los encontraba prestando el Fondo Financiero Distrital.

Impugnación

23. International Games Sistem Solutions S.A.S., a través de su representante legal, Andrés Ricardo Robayo Romero, impugnó el fallo condenatorio de primera instancia. Dentro de los argumentos indicó que la señora Marbelys no sabía con exactitud quién era su empleador y no aportó prueba alguna tendiente a determinar las funciones que prestaba, ni siquiera el cargo que ostentaba. A su vez, señaló que la accionante en ningún momento manifestó o puso en conocimiento su estado de embarazo.

24. Empero lo anterior, informó que la señora Marbelys Caridad Pulido prestó servicios por

días en un horario acomodado por ella, sin cumplir con un horario de trabajo, y recibía un pago el cual le era cancelado diariamente. En relación con los aportes en salud y pensión, la vinculada señaló que la afiliación a la seguridad social no pudo realizarse debido a que la accionante no contaba con permiso especial de permanencia (PEP).

25. En cuanto a la orden dada por el juez de primera instancia, la vinculada arguyó que “no pued[e] reintegrar a una persona cuando existe una suspensión de contrato de trabajo, pues el contrato sigue vigente y tampoco procede el pago por cuanto es permitido al empleador que solo pague salud y pensión mientras perdure la suspensión, pero por tratarse de una ciudadana venezolana es imposible la afiliación al sistema de salud y pensión.”

Sentencia de segunda instancia

26. En providencia del 12 de agosto de 2020, el Juzgado Trece Civil del Circuito resolvió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo. El juez de la impugnación consideró que en el caso en concreto la accionante no demostró encontrarse legalizada en el país, ni contar con autorización para trabajar por “lo que no puede pretender que se protejan sus derechos fundamentales cuando ha estado ejerciendo las actividades de forma ilegal, a tal punto que no sabe con precisión y claridad con que empresa o a que empresa prestaba servicios de oficios varios”.

27. Señaló que si bien la empresa admite que esporádicamente la accionante realizaba labores, sin admitir la existencia de contrato laboral, lo que se enmarcaría dentro de la contratación de obra o labor, pero que esta es diferente de la sociedad en contra de la que se dice que pende la relación laboral. Que si bien opera la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo en cuanto al ámbito laboral, de facto sería aplicable a los extranjeros, siempre y cuando se encuentren legalmente autorizados para desempeñar labores, circunstancia que no opera en el caso en concreto.

28. Agregó el ad quem que la tutela no es el escenario propio para constituir “a fuerza el contrato de trabajo, tampoco delimitar si tanto el patrono tenía la capacidad y observaba los requisitos para poder contratar a persona extranjera como tampoco si la empleada tutelante, igualmente reunía los requisitos para ser empleada y desempeñar labores en Colombia” y, por último, que “puede iniciar las acciones que considere pertinentes ante la jurisdicción laboral ordinaria”.

Decreto de pruebas

29. En auto del veintidós (22) de junio de 2021, esta Sala de Revisión consideró necesario solicitar a los jueces de instancia la remisión de la totalidad del expediente con el fin de poder adoptar una decisión de mérito. Adicional a ello, en esa misma providencia, consideró pertinente recaudar pruebas con el propósito de esclarecer algunos hechos, determinar el estado de salud de la accionante y de su hijo, verificar si continuaba residiendo en Colombia, constatar el elemento de la subordinación y la relación entre Inversiones Super Bally S.A.S. y la empresa International Games Sistem Solutions S.A.S., entre otras.

30. El 24 de junio de 2021, mediante correo electrónico, el Juzgado Octavo Municipal de Bogotá remitió el expediente de tutela No. 1100130030082020003166 de Maberlyz Caridad Pineda Pulido contra Super Bally S.A.S.

31. No obstante lo anterior, la Sala de Revisión encontró que el expediente no se encontraba completo, por lo que solicitó, por segunda vez, al juzgado de origen que remitiera la totalidad del expediente de tutela. Por tal razón, por medio de correo electrónico del 6 de julio de 2021, el Juzgado Octavo Municipal de Bogotá envió el expediente. Adicional a esto, se recibieron las siguientes pruebas.

a. a. Respuesta por parte de Migración Colombia

32. El 30 de julio de 2021, Migración Colombia manifestó que, una vez revisado el Sistema de Información Misional a nombre de la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido se encontró que la accionante (i) no tiene movimiento migratorios, (ii) no tiene salvoconducto, (iii) no cuenta con Permiso Especial de Permanencia PEP, (iv) no presenta registro de solicitud en el Sistema Gestional Documental ORFEO, (v) presenta tarjeta de movilidad fronteriza hasta el 21 de julio de 2019 y (vi) cuenta con pre-registro en el Registro Único de Migrantes Venezolanos -RUM- desde el 09 de mayo de 2021, correspondiendo este último trámite con lo previsto “en concordancia con el ESTATUTO TEMPORAL DE PROTECCIÓN PARA MIGRANTES VENEZOLANOS BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL”.

33. Asimismo, agregó la entidad, que si bien la “constancia del Pre- registro no constituye documento de identificación, no otorga estatus migratorio regular, ni constituye Permiso por Protección Temporal (PPT)”, en aras del cumplimiento del deber legal de esta Unidad, se

procederá con la evaluación y validación del documento aportado por la accionante con el fin de verificar que “la solicitante se encuentra cobijado por el ámbito de aplicación del Decreto 216 de 2021. Y si cumple los requisitos, posteriormente la ciudadana venezolana MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO deberá finalizar las demás etapas previstas para este proceso”.

b. Respuesta por parte de la Secretaría de Salud Distrital

34. El 28 de junio de 2021, la Secretaría Distrital de Salud informó que la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido no se encuentra registrada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud al no contar con una situación migratoria regularizada.

c. Respuesta por parte de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

35. El 1 de julio de 2021, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur informó que a la señora Marbelys Caridad Pineda le fueron prestados los siguientes servicios:

FECHA

SEDE

SERVICIO PRESTADO

21/05/2020

USS MEISSEN

Urgencias - consulta médica ginecología y obstetricia

03/07/2020

USS MEISSEN

Urgencias - consulta médica ginecología y obstetricia

03/07/2020-07/07/2020

USS MEISSEN

Hospitalización servicio de ginecología

04/07/2020

USS MEISSEN

Valoración por trabajo social

07/07/2020

USS MEISSEN

Salida con recomendaciones, formula médica y signos de alarma para reconsultar por urgencias

d. Respuesta por parte de Marbelys Caridad Pineda

36. Mediante correo del 5 de julio de 2021, la accionante informó que su hijo de 11 meses se encontraba hospitalizado, para ese momento en la UCI, con diagnóstico de hidrocefalia en la clínica Colsubsidio Infantil tras habersele realizado una cirugía con el fin insertar un catéter.

37. Posteriormente, los días 11 y 12 de julio de 2021 aportó: (i) copia del fallo de primera instancia de tutela; (ii) copia del fallo de tutela proferido en segunda instancia de tutela; (iii) copia del derecho de petición al que hizo mención en los hechos de la tutela. Junto con esos correos aportó 45 imágenes de captura y 2 videos de WhatsApp, ellos con el fin de “aportar imágenes de la aplicación de WhatsApp, donde se entablan conversaciones, con la señora Pilar y el coordinador Don Andrés, donde se demuestra la subordinación, al igual que videos del lugar donde laboro, antes de se decretara el estado de emergencia, por el Covid-19, y se me suspendiera el contrato de trabajo, para que sea anexada a la Tutela impugnada No. 1100140030082020031600, y a su consideración sean tenidos en cuenta.”

38. Por último, ante algunas preguntas formuladas en el auto de pruebas contestó lo siguiente:

¿En la actualidad ha tenido noticias sobre la reanudación de su contrato de trabajo? Rta. “el dia 30 de julio 2020, de las oficinas del Casino Gran Panacea, NUNCA para reintegrarme a laborar, por el contrario el Señor Andres Robayo me llamó un dinero que presuntamente le

debía, salir fue a deber por Dios.” (sic)

¿A qué empresa prestó sus servicios personales, esto es, a Inversiones Super Bally S.A.S. o la sociedad International Games Sistem Solutions S.A.S. en el Casino Super Panacea? Una vez determinado el empleador, informe: (i) las funciones que desempeñó; (ii) el horario en el que las realizó; (iii) la remuneración recibida y forma de pago; (iv) quién era su jefe inmediato y quiénes eran sus compañeros de trabajo, y, en lo posible, suministre sus datos de contacto; (v) si recibió dotación y/o capacitación; (vi) y copia del contrato laboral si lo hay. En caso negativo, informe detalladamente ¿cómo fue la contratación y qué persona la vinculó y realizó el pago de salarios?

Rta. “Presté mis servicios personales Internacional ganes sistema solitionn S.A.S y laboré en el casino gran panacea, al igual nos rotaban por los demás. Entré como auxiliar de cajera 2 pm a 7am x 6 meses luego a cajera de 7am a 7 am Dotación sí Jefe inmediato Pilar moreno Quién me contrató Pilar moreno sin contrato firmado solo de palabra Pago efectivo los días 5 de cada mes y los 20. (sic)

La empresa que él dice que trabaje es en internacional lo que él dice pero como no hay un contrato y no hay un casino que ese nombre

Yo trabajé en Casino Gran panacea. (sic)

3007694964 Jessica Espinosa, María Bautista 3013888959

¿Quién le indicó y por qué medio que debía diligenciar un formato de permiso de licencia no remunerada?

Rta. “Indicó Pilar moreno por grupo de WhatsApp envió una carta donde especifica que por la pandemia nos daban vacaciones no remuneradas”.

e. Respuesta por parte de Coljuegos

39. El 29 de julio de 2021, la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos y Azar (COLJUEGOS) informó que con el operador, Internacional Games Sistem Solutions S.A.S., se suscribieron 3 Contratos, el último de ellos con fecha de inicio 3 de mayo de 2015 y fecha final el 6 de abril de 2015. En relación con

este último contrato, la entidad reguladora recordó que “Coljuegos podrá realizar en cualquier momento procesos de fiscalización al contrato C0989, que conlleven a la verificación de los valores declarados y pagados por el operador, por tanto, el reporte estará sujeto a cambios.”

40. Así mismo, informó que al generar el reporte de este contrato, el operador presenta saldos pendientes por cancelar con corte al 27 de julio de 2021, por concepto de las Actuaciones Administrativas con Resolución No. 149 del 18 de febrero de 2013, aclarada mediante Resolución No. 963 del 18 de julio de 2013; Resolución No. 3949 del 25 de junio de 2015, confirmada mediante Resolución No. 4021 del 7 de julio de 2015; y Resolución No. 20175100006364 del 31 de marzo de 2017, confirmada mediante Resolución No. 20185100012554 del 10 de abril de 2018.

41. También anexó el “Estado de cuenta Resolución No. 20175100006364 del 31 de marzo de 2017, confirmada mediante Resolución No. 20185100012554 del 10 de abril de 2018.”, e informó que los aplicativos contables de la entidad no registran pago por parte del operador International Games Sistem Solutions S.A.S. y agregó lo siguiente:

42. En cuanto a la empresa Inversiones Super Bally S.A.S., Coljuegos informó que se han suscrito 4 Contratos, el último de ellos con estado vigente y con fecha de inicio 22 de octubre de 2020 y fecha final el 21 de octubre de 2023. Igualmente, aportó información relacionada con los procesos administrativos sancionatorios, los procesos de incumplimiento contractual y el estado actual de cuenta de la mencionada empresa con corte de fecha 21 de mayo de 2021. Sobre este último punto se reportó la siguiente información:

Y como gastos de administración:

f. Ausencia de respuesta de algunas oficiadas

43. Inversiones Super Bally S.A.S, International Games Sistem Solutions S.A.S., la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Clínica Colsubsidio, reiteradamente guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

A. A. Competencia

44. La Sala Segunda de Revisión es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Sección de Tutelas Número Cuatro, mediante Auto del 16 de abril de 2021.

B. Análisis de la procedencia

45. A continuación, se examinará si en el caso en referencia se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela. Vale precisar que sólo en el caso en que los presupuestos se encuentren acreditados la Sala procederá a fijar el problema jurídico y a pronunciarse de fondo sobre la controversia sub examine.

a. a) Legitimación en la causa por activa y por pasiva

46. Por activa. Los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, disponen que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar, por sí mismo o mediante representante, la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “toda persona tiene derecho a solicitar el amparo constitucional, sin diferenciar si es nacional o extranjero” pues al consagrar el artículo 86 de la Carta política dicha disposición “no se establece diferencia entre persona natural o jurídica, nacional o extranjera y, por tanto, legitima a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar su restablecimiento”. Por lo tanto, los ciudadanos extranjeros tienen la capacidad de acudir al juez en procura de lograr la protección de sus derechos fundamentales. Así las cosas, en el asunto sub judice, la acción de tutela fue ejercida directamente por Marbelys Caridad Pineda Pulido quien solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital, igualdad, vida en condiciones dignas, protección de la mujer en embarazo y seguridad social en salud. En estas condiciones, en este caso existe legitimación en la causa por activa.

47. Por pasiva. Conforme a los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, este mecanismo constitucional procede entre otras circunstancias, “contra toda acción u omisión de particulares” y “cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en una situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción”.

48. En sentencia de unificación, al analizar un conjunto de casos en los que varias mujeres fueron despedidas encontrándose en estado de gravidez, la Corte Constitucional se pronunció sobre la legitimación por pasiva en los siguientes términos:

“De esta manera, la Corte ha interpretado los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 y ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales, según las cuales la acción de tutela procede excepcionalmente contra particulares cuando: (i) están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo; o (iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o (iv) de indefensión frente a aquellos.

Al respecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela. Por ende, en cada caso concreto es necesario verificar “si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación)”, o si por el contrario, ésta es consecuencia de una situación fáctica en la que determinada persona se encuentra en ausencia total o insuficiencia de medios jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión).” (subrayado por fuera del texto original)

b) Inmediatez

50. La acción de tutela exige que su interposición se haga dentro de un término razonable pues, de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Constitución Política, “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, [...], la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”. Al respecto, la Corte ha previsto que la acción de tutela no tiene un término de caducidad y no procede el rechazo de esta sólo por el paso del tiempo. Por lo que, corresponderá al juez en cada caso concreto sopesar la razonabilidad del tiempo transcurrido a fin de determinar si se cumple o no con el principio de inmediatez.

51. La razonabilidad del plazo se determina entonces a partir del hecho de la vulneración alegada. Ello, implica identificar el momento en que se entiende configurada la amenaza o

vulneración del derecho y valorar el tiempo transcurrido entre este evento y la fecha de presentación de la demanda de tutela, pues, como ya se dijo, la finalidad última del amparo constitucional no es otra que la protección inmediata de los derechos fundamentales.

52. A la luz de estos parámetros, la Sala observa que en el caso sub examine se cumple con el requisito de inmediatez. En efecto, el contrato de la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido se suspendió en el 19 de marzo de 2020 momento desde el cual se le privó del pago de salarios y prestaciones sociales. La accionante reclamó dicho pago el 4 de junio de 2020 y la acción de tutela se presentó el 24 de junio de 2020, término que esta Sala encuentra razonable.

c) Subsidiariedad

53. Los artículos 86 de la Constitución Política y 6.1. del Decreto 2591 de 1991, disponen que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” de “naturaleza ius fundamental”. Con sujeción a lo anterior, se tiene que, por regla general, los mecanismos judiciales contemplados en la ley son los llamados preferentemente para conjurar la situación de amenaza o lesión de los derechos de los accionantes, de suerte que la acción de amparo resulte en un mecanismo de naturaleza residual.

54. En tales términos, es deber del juez constitucional verificar, de un lado, la existencia de un medio de defensa judicial, idóneo y eficaz para la resolución de la controversia y, de otro, en caso de que exista tal medio de defensa, la acreditación de un riesgo inminente de violación a los derechos fundamentales del accionante que pueda causarle un perjuicio irremediable.

55. La jurisprudencia constitucional también ha dispuesto la flexibilización de este requisito de subsidiariedad cuando en el caso concreto quien busca el amparo de sus derechos es un sujeto que ha sido denominado como de “especial protección constitucional” y que puede ser un niño, niña u adolescentes, una mujer en estado de gestación o lactancia, una persona cabeza de hogar, una persona en situación de discapacidad, una persona de la tercera edad o una persona desplazada, entre otros.

56. En relación con la mujer en estado de gestación, la Corte ha recordado que la protección de la mujer en estado de embarazo encuentra multiplicidad de fundamentos en el ordenamiento constitucional como: (i) el artículo 43 de la Constitución Política que contiene un deber específico cuando señala que “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”; (ii) la Declaración Universal de Derechos Humanos, que hace parte del bloque de constitucionalidad, dispone en su artículo 25 que la “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; (iii) la Ley 74 de 1968, por la cual se aprobó el acto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y cuyo artículo 10.2. del pacto reza que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

57. En cuanto a la situación laboral de las mujeres en estado de embarazo, la jurisprudencia también ha señalado que están gozan de una “estabilidad laboral” que encuentra fundamento en el artículo 53 de la Carta Política en donde, al establecerse los principio básico que gobierna la relación de trabajo, se incluye la estabilidad en el empleo y la protección especial a la mujer y a la maternidad, y que si bien existen medio ordinario para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada al juez laboral, la acción de tutela se convierte en el mecanismo preferente toda vez que la mujer en estabilidad laboral reforzada es un sujeto que se encuentra en una situación debilidad manifiesta que podría acarrear la configuración de un perjuicio irremediable.

58. En el asunto sub judice se tiene que la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido acudió al juez constitucional alegando la vulneración de sus derechos fundamentales ante la decisión adoptada por su empleador de suspender unilateralmente su contrato de trabajo y con ello la fuente de su sustento y el de su familia, esto, desde el 19 de marzo de 2020.

59. El juez de segunda instancia negó el amparo constitucional bajo un argumento en extremo formalista y eminentemente legal, al valorar que la aquí accionante contaba con otros mecanismos para la protección de sus derechos, mientras que el juez de primera instancia, bajo una óptica constitucional consideró que, pese a existir otro mecanismo ordinario diseñado para zanjar controversias laborales, por virtud de la calidad de sujeto de especial protección constitucional y la estabilidad laboral reforzada de la que goza la demandante, la tutela era la herramienta más eficaz para la defensa de sus derechos y los de su hijo.

60. Así las cosas, la Sala comparte el análisis realizado por el juez de primera instancia, por cuanto si bien ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral existe un mecanismo judicial para ventilar y discutir las controversias de índole laboral, no menos cierto es que el mismo, no resulta idóneo en el caso en concreto por cuanto se encuentra probado que la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido es un sujeto de especial protección dado su estado de madre gestante y posteriormente lactante. Circunstancia esta que habilita, por regla general, la procedencia de la acción de tutela como el medio más eficaz y expedito para procurar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el actuar de su empleador.

61. Por estas razones, la Sala encuentra que en este caso se satisface el requisito de subsidiariedad, en la medida en que la tutela es el mecanismo judicial más idóneo y efectivo para la protección de los derechos fundamentales de la actora.

62. En vista de las antedichas circunstancias, la Sala Segunda de Revisión concluye que la acción de tutela supera el examen de procedibilidad y, por tanto, es factible un pronunciamiento de mérito.

C. Delimitación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

63. De conformidad con lo expuesto en líneas precedentes, se tiene que la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido presentó acción de tutela contra Inversiones Super Bally S.A.S. y la vinculada International Games Sistem Solutions S.A.S. con el fin de que se le ampararan sus derechos fundamentales a un debido proceso, trabajo, mínimo vital, igualdad, vida digna, seguridad social y protección de la mujer embarazada, presuntamente vulnerados por la sociedad vinculada con ocasión de la suspensión unilateral del contrato de trabajo verbal y el no pago de salarios y prestaciones desde el día 19 de marzo de 2020.

64. Conforme a lo antes expuesto, le corresponde a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico:

¿International Games Sistem Solutions S.A.S. desconoció los derechos fundamentales a un debido proceso, trabajo, mínimo vital, salud y seguridad social de su trabajadora en estado de gestación Marbelys Caridad Pineda Pulido al imponerle un permiso de licencia no

remunerada con el fin de soslayar el pago de salarios y las demás obligaciones prestacionales durante el confinamiento obligatorio originado por la pandemia del Covid-19?

65. Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala procederá a: (i) determinar el alcance de los derechos laborales de los migrantes irregulares, desde la óptica de los instrumentos internacionales; (ii) señalar las medidas adoptadas por el Estado colombiano para afrontar la situación laboral de venezolanos en situación irregular; (iii) reiterar la jurisprudencia constitucional en torno a la protección especial a la mujer gestante o lactante; (iv) describir los elementos para la configuración de un contrato laboral y sus implicaciones prestacionales; (v) diferenciar la figura de la suspensión unilateral del contrato de trabajo de la licencia no remunerada; (vi) caracterizar en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada en los decretos 417 y 637 de 2020, los apoyos económicos y fiscales otorgados por el Gobierno a los empleadores y empresas de juego y azar. Y, (vii) por último, la Sala resolver el caso concreto.

i. (i) Los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular desde la perspectiva de los instrumentos internacionales

66. Por virtud de distintos tratados y convenios internacionales existe un deber de protección y promoción del respeto de los derechos humanos de las personas migrantes. Así, cada Estado miembro tiene la obligación internacional de actuar dentro de sus respectivos sistemas constitucionales y legales de conformidad con las obligaciones adquiridas. En particular, Colombia ha aprobado la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, de los cuales se resaltan las siguientes normas:

* En el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos,

sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

□ La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, en su artículo 7, dispone un deber de no discriminación en el reconocimiento de derechos al señalar que “Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

(...)

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”

En especial, sobre las mujeres gestantes el numeral 2 del artículo en cita, prescribe: “2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”.

□ En relación con los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2 expresa con claridad que “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin

distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

□ En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) por un lado se señala en el artículo 24 que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de niño, niña o adolescente requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado” y por otro, en el artículo 26 indica que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

□ Finalmente, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” Y en el artículo 10.2 los Estados reconocen que “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.”

Algunos pronunciamientos de órganos internacionales entorno a los derechos de los migrantes irregulares

De la Corte Interamericana de Derechos Humanos

67. En la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) se pronunció sobre lo que ella denominó como los “Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados”. En dicha opinión, al analizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular, decidió por unanimidad, entre otras, lo siguiente:

“4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

(...)

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.”

68. Dentro de los parámetros que consideró la CIDH en esa oportunidad y que se relacionan con la presente tutela, se destacan dos argumentos: el razonamiento del título VII relativo a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes y las consideraciones esgrimidas en el título VIII sobre los derechos de esos trabajadores indocumentados. Sobre el primer argumento es menester traer a colación lo siguiente:

“118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no

discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

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.” (Énfasis propio).

69. Con respecto del segundo argumento, la CIDH realizó la siguiente consideración:

“133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una 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.

134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera

alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.” (Énfasis propio).

Del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

70. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puso de relieve en su observación general No. 18 de 2005, sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales que el “derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad.

71. En su análisis del alcance del derecho puso de presente los problemas de la falta de seguridad en el empleo y como ello conduce a las personas a buscar alternativas en la informalidad. Así, insistió en que “Los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto.

Estas medidas deben reflejar el hecho de que las personas que viven en una economía sumergida lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir, antes que como una opción personal.”

72. En relación con el tema específico de la mujer trabajadora, el Comité expresó que “el artículo 3 del Pacto establece que los Estados Partes se comprometen a “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales”. El Comité subraya la necesidad de contar con un sistema global de protección para luchar contra la discriminación de género y garantizar igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en relación con su derecho al trabajo, asegurando igual salario por trabajo de igual valor. En particular, los embarazos no deben constituir un obstáculo para el empleo ni una justificación para la pérdida del mismo. Finalmente, hay que resaltar la vinculación existente entre el hecho de que las mujeres tengan menos acceso a la educación que los hombres y ciertas culturas tradicionales que menoscaban las oportunidades de empleo y de adelanto de la mujer.”

Del Comité para la eliminación de discriminación de la mujer

73. En su recomendación general No. 26 sobre trabajadoras migratorias, el Comité para la eliminación de discriminación de la mujer puso de presente que con independencia del estatus migratorio que ostente una trabajadora, especialmente si se trata de una trabajadora indocumentada, “los Estados Partes tienen la obligación de proteger sus derechos humanos básicos. Las trabajadoras migratorias indocumentadas deben tener acceso a recursos jurídicos y reparación en situaciones que entrañen riesgos para su vida o tratos crueles o degradantes, o si son obligadas a realizar trabajos forzados, privadas de la satisfacción de necesidades básicas, en particular en casos de emergencias médicas o embarazo y maternidad.”

74. En esa misma recomendación, el Comité reconoce que uno de los obstáculos que encuentra este grupo poblacional es el temor para denunciar la vulneración de sus derechos laborales, incluso los más básicos. En ese sentido, recuerda a “los Estados Partes [que] deben velar por que las trabajadoras migratorias indocumentadas reciban un trato humano y tengan acceso a las garantías procesales que prescribe la ley, incluida la prestación de asistencia jurídica gratuita”, toda vez que “las trabajadoras migratorias tienen derecho a la

protección contra la discriminación sobre la base de la Convención, que obliga a los Estados partes a adoptar sin dilación todas las medidas adecuadas para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y velar por que las mujeres puedan ejercer y disfrutar sus derechos de jure y de facto en todos los ámbitos en pie de igualdad con los hombres.”

De la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

75. Por su parte, la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el año 2014, presentó una publicación titulada “Los Derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular”. En dicho documento, al referirse al derecho al trabajo, pone de presente algunos de los abusos que sufre esta población al no contar legalmente con un permiso de trabajo, ello, en la práctica por lo general conduce fomentar una economía informal.

76. Agrega que cuando se refiere al hecho de que muchos de ellos no pueden reclamar ni hacer valer sus derechos “los migrantes en situación irregular con frecuencia no pueden demostrar que se encuentran en una relación laboral porque no tienen contrato o carecen de pruebas sobre el número de horas que han trabajado. En ese contexto, la gran mayoría de trabajadores migrantes tienen dificultades para ejercer su derecho a la indemnización por los salarios retenidos y son más vulnerables a los empleadores que retienen los salarios.

77. De lo hasta aquí expuesto, la Corte Constitucional constata que: (i) en el criterio de la CIDH, independientemente del estatus migratorio que acompañe a un trabajador, por el simple hecho de que éste ostente la calidad de trabajador porque se le contrató para realizar una determinada labor, éste adquiere y goza de los mismos derechos que corresponden a los trabajadores tanto regularizados como a los nacionales; (ii) para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el derecho a trabajar es indispensable para poder vivir con dignidad y en ese sentido los Estados deben adoptar medidas para proteger el trabajo de aquellos migrantes que por la necesidad de supervivencia encuentran en la economía informal su sustento. De igual modo, este Comité en relación con la mujer trabajadora migrante refiere a la necesidad de contar con un sistema global de protección para luchar contra la discriminación de género y en especial de aquellas trabajadoras en estado de embarazo; (iii) por su parte, el Comité para la eliminación de discriminación de la mujer insiste en la urgencia de velar por que las trabajadoras migratorias indocumentadas reciban

un trato humano y tengan acceso a las garantías procesales que prescribe la ley; y (iv) finalmente, con el único fin de contextualizar el impacto de la crisis migratoria en el derecho al trabajo, la oficina del Alto Comisionado de la ONU recabó sobre la imposibilidad probatoria que tiene el trabajador migrante para demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral.

() Medidas adoptadas por el Estado colombiano para afrontar la situación laboral de venezolanos en situación irregular

78. De cara a la conocida realidad migratoria del vecino país, no solo a Colombia sino a distintos países de la región. Situación que se intensificó con ocasión de la pandemia generada por el Covid-19, tal y como lo concluyó la OEA en un reciente informe en el que se constató que “el cierre de fronteras por la emergencia sanitaria y las restricciones migratorias impuestas por algunos países de la región a ciudadanos venezolanos, junto con la profundización de la crisis en Venezuela, han provocado un incremento en el número de ingresos por vías irregulares” .

80. Ahora bien, en atención a dichos desafíos, las autoridades nacionales han adoptado distintas acciones con el fin de atender esta problemática migratoria. Estas acciones se ven reflejadas en políticas públicas, leyes, decretos y resoluciones, entre otras, que buscan crear un marco normativo en procura de la protección de los derechos de los migrantes.

81. A nivel legal, con el artículo 140 de la Ley 1873 de 2017 se dispuso que “el Gobierno nacional en atención a la emergencia social que se viene presentando en la frontera con Venezuela, diseñará una política integral de atención humanitaria y asignará los recursos en la vigencia fiscal a través de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.”

82. Posteriormente, mediante el Decreto 542 de 2018 se desarrolló parcialmente el artículo 140 de 2017 y se adoptaron medidas para la “creación de un registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia que sirva como insumo para el diseño de una política integral de atención humanitaria”. En su artículo primero dispuso en cabeza del Unidad para la Gestión de Riesgos de Desastres (en adelante, UNGRD) el diseño y administración de un Registro Administrativo de Migrantes venezolanos en Colombia cuya finalidad es la de servir como “formulación y el diseño de la política integral de atención humanitaria a que hace referencia el artículo 140 de la Ley 1873 de 2017, así como para la posible ampliación de la

oferta institucional” (artículo 2 inc 2).

83. No obstante lo anterior, se señaló que el registro no otorgaría 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, de conformidad con las normas legales vigentes.” (artículo 2 inciso 1), pero dicho registro tampoco habilita para que dicha información pueda ser utilizada para “la imposición de medidas sancionatorias a la población registrada, tales como multas, deportaciones o expulsiones de cualquier tipo” (artículo 3).

84. Una de las primeras medidas de legalización que adoptaron las autoridades colombianas para la regularizar la migración de venezolanos al país fue la creación del Permiso Especial de Permanencia (en adelante, PEP) a través de la Resolución 5797 de 2017. En las consideraciones de dicha resolución el Ministerio de Relaciones Exteriores mencionó la necesidad de establecer un mecanismo que permitiese a los nacionales venezolanos permanecer en el país “de manera regular y ordenada siempre que se cumpla con determinados requisitos” y que en consideración a lo expuesto por la Corte Constitucional,

“el Estado colombiano no puede desconocer las normas internacionales en materia de protección de migrantes, por más que estas personas se encuentren de forma ilegal en nuestro territorio. Se deben valorar las razones por las que decidieron venir a Colombia, los riesgos que corren si son expulsadas del país y la situación concreta que enfrentarían en Venezuela en caso de ser devueltas. En consecuencia, Migración Colombia, la Defensoría del Pueblo y cualquier autoridad con competencia en el asunto deben procurar que los migrantes sean protegidos de forma plena, que puedan ejercer sus derechos, obtener la documentación para permanecer en el territorio colombiano”.

85. El PEP previsto en la Resolución 5797 de 2017 otorgaba al peticionario un periodo de 90 días para permanecer en el país y le autorizaba “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”. Sin embargo, dicho permiso presentaba un requisito para su otorgamiento que implicaba que la persona hubiere ingresado al territorio

por nacional por Puesto de Control Migratorio habilitad con pasaporte.

86. Debido a la dificultad que comportaba el hecho de que el PEP sólo podía solicitarse dentro de los 90 días a partir de la publicación de la Resolución 5797, el Gobierno modificó esta medida y expidió las resoluciones 368 y 470 de 2018, las cuales se limitaron a ampliar el plazo para acceder al PEP, más no resolvieron los problemas de acceso al mismo.

87. Con la Resolución 2033 de 2018 se amplió la vigencia del PEP a dos meses y se adecuaron los procedimientos para que, por ejemplo, un venezolano incluido en el registro administrativo de migrantes venezolanos (en adelante, RAMV) pudiera solicitar el PEP. Sin embargo, estos mecanismos tampoco fueron suficientes para solventar la problemática del trabajo informal.

88. Mediante Decreto 117 del 28 de enero 2020 se creó el Permiso Especial de Permanencia Para el Fomento de la Formalización (en adelante, PEPFF) con el propósito de contribuir con la formalización de los nacionales venezolanos. Dicho permiso consiste en una autorización temporal para trabajar por el tiempo que estipule la oferta del contrato laboral o de prestación de servicios, según sea el caso. Este PEPFF, a diferencia del permiso de permanencia, está dirigido a la siguiente población:

- * Ser ciudadano venezolano.
- * Estar en condición migratoria irregular.
- * Ser mayor de edad conforme al ordenamiento jurídico colombiano.
- * Presentar la cédula de identidad venezolana y/o el pasaporte de la República Bolivariana de Venezuela aun cuando éstos se encuentren vencidos.
- * No tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior.
- * No ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente.
- * Ser titular de una oferta de contratación laboral en el territorio nacional, por parte de un empleador, o una oferta de contratación de prestación de servicios en el territorio nacional, por parte de un contratante.

89. Como un avance en las políticas migratorias, debe destacarse que el Decreto 117 de 2020 por medio del artículo 2.2.6.8.3.4 facultó a las personas o empresas que quieran emplear formalmente a un ciudadano venezolano que no cuente con el PEP. Para tal fin dispuso un aplicativo en la página web del Ministerio del Trabajo e incluso publicó un Instructivo para su diligenciamiento. Los documentos que se deben cargar al aplicativo son:

“a. Copia simple de la cédula de identidad venezolana o pasaporte del ciudadano venezolano.

b. Si el empleador o contratante es persona natural: registro del empleador en el RUE deberá realizarse con copia del documento de identificación y del RUT con no más de 3 meses de expedido.

c. Si el empleador o contratante es persona jurídica: registro del empleador en el RUE deberá realizarse con la copia del documento de identidad del representante legal y copia del Certificado de Cámara de Comercio o Certificado de Existencia y Representación Legal con no más de tres meses de expedido.”

90. De lo anterior se concluye que para acceder a un trabajo formal ya no era sólo una obligación del trabajador migrante irregular acudir a las instancias correspondientes a fin de poder regularizar su situación migratoria, sino que desde el 28 de enero de 2020 los empleadores de estos migrantes indocumentados estaban habilitados para adelantar ellos mismos los trámites correspondiente con el fin de que el Ministerio de Trabajo pueda, una vez revisada la solicitud y en caso de aprobarlo, informar para la expedición del respectivo PEPFF (Artículo 2.2.6.8.3.5.1.), en caso de que la solicitud sea aprobada.

91. Posteriormente, mediante Decreto 216 de 2021 del 1 de marzo de 2021 el Ministerio de Relaciones Exteriores adoptó el “Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal” y otras disposiciones. Esta Sala encuentra que en el decreto en cita se previó que el PEPFF en su artículo 19 párrafo tercero, que dicho permiso podrá expedirse para todos aquellos que autorice el Ministerio de Trabajo hasta noventa días calendario posteriores a la publicación del mencionado decreto.

92. Respecto de la anterior medida normativa, la Sala Segunda de Revisión considera que no es de recibo lo señalado por la empresa International Games Sistem Solutions S.A.S. en su

escrito de impugnación del fallo de primera instancia cuando alegó que “Además no es lógico pensar que una persona trabaje sin ningún tipo de remuneración, y respecto a la seguridad social y pensión en repetidas ocasiones nos manifestó que estaba tramitando el permiso especial de permanencia (PEP) para proceder a la afiliación a seguridad social, pero nunca nos presentó este documento”, pues lo que la Sala encuentra en este punto es que dicha empresa desconoció la responsabilidad que le asistía para adelantar por ella misma los trámites correspondientes a regularizar la situación laboral de la señora Mareblys Caridad Pineda Pulido ante el Ministerio de Trabajo.

(iii) Reiteración de la protección especial a la mujer gestante o lactante

93. Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante, C.S.T.) dispone que, para que el empleador pueda despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Con dicha autorización se descarta la presunción de que la terminación del contrato se originó en el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.

94. Pese a que legalmente el fuero de maternidad solo cobija a las mujeres contratadas formalmente, por medio de la Sentencia SU-070 de 2013, la Corte Constitucional extendió esta garantía a las mujeres que derivaran su sustento de distintas alternativas de trabajo, tales como el contrato a término fijo, contrato de obra o labor, cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, nombramiento en provisionalidad, cargo de libre nombramiento y remoción, carrera administrativa y contratos de prestación de servicios. En especial frente a ésta última modalidad se señaló que:

“En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, (sic) a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde

se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

(...)

Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.”

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.”

95. Dentro de las reglas de unificación, la Corte indicó que procede la protección reforzada derivada de la maternidad cuando simplemente se verifique: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

96. De igual manera, en los eventos en los que el empleador o contratista conocía del estado de embarazo, la Corte reiteró, que en el caso del contrato laboral la protección incluye “la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a), garantía que se presume satisfecha cuando la mujer devenga salario u honorarios”. Así, para la alternativa del contrato laboral a término indefinido con conocimiento del embarazo, se señaló que “se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la

discriminación.”

97. En resumen, es nulo todo despido de una mujer embarazada sin que exista una autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo. Al ejecutarse una desvinculación en los anteriores términos, no solo se activan las garantías legales previstas en el artículo 239 del C.S.T. sino también las constitucionales en los términos de las Sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018, dentro de las cuales, por lo general se prevé el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

(iv) Configuración de un contrato realidad y sus consecuencias prestacionales

98. A diferencia de la Constitución anterior a julio 7 de 1991, la expedida en ese año y que está vigente, se ocupó de elevar a rango constitucional los principios mínimos e irrenunciables del trabajo y de la seguridad social. De ahí que, en el artículo 53 de la Constitución se consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas; por lo tanto, en materia laboral, cuando una de las partes trata de encubrir o enmascarar una relación de trabajo, generalmente mediante el uso de un contrato de prestación de servicios o alegando la autonomía o independencia en la labor desempeñada, pero en la materialidad se reúnen todos los elementos propios del trabajo subordinado, resulta pertinente que el juez declare la existencia de un contrato realidad.

Al respecto, en la Sentencia SU-448 de 2016, la Corte se refirió sobre este principio del siguiente modo:

“Ahora bien, el artículo 53 de la Constitución consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, del cual surge el concepto de contrato realidad. De este enunciado, se prescriben los principios mínimos fundamentales que deben regir el estatuto del trabajo, los cuales, como lo ha señalado la Corte Constitucional, deben ser interpretados de manera directa con la Carta.

Los elementos mínimos que han de recurrir para estimar configurado un contrato realidad fueron identificados por el Código Sustantivo del Trabajo así:

“ARTÍCULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos

esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

ARTICULO 24. PRESUNCION. Modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así las cosas, no existe duda que los tres (3) elementos esenciales que identifican un contrato de trabajo, son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia; por lo tanto al probarse la existencia de los mismos en un contrato de prestación de servicios se convierte en realidad la presunción legal de la relación de trabajo del contratista como si se tratara de un servidor público y/o trabajador, dependiendo de la calidad del empleador.

99. Como consecuencia de lo anterior, una vez establecida la existencia de una relación laboral se genera un conjunto de prerrogativas en favor del trabajador. De un lado, las previstas en el C.S.T. atinentes a la remuneración, el reconocimiento de la prima legal, el pago anual de las cesantías y sus correspondientes intereses a las cesantías y la cancelación o disfrute de las vacaciones, entre otras. Y de otro, se encuentran aquellas prestaciones derivadas de la Seguridad Social.

100. Con respecto a estas últimas prestaciones, la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia ha recordado que la Seguridad Social es un verdadero derecho fundamental

autónomo, calificado e irrenunciable, al que tienen acceso todas las personas.

101. En Sentencia C-1141 de 2008, esta Corporación señaló que “el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 48 Superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría ius fundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.”

102. En consonancia con esto último, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en forjar la obligación que tiene el empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, salud, riesgos profesionales y a pagar las respectivas cotizaciones en cada uno de dichos regímenes. La inobservancia y/o incumplimiento por parte del empleador de las mencionadas obligaciones deviene, como lo ha dicho la Corte, en una vulneración del derecho a la seguridad social de los trabajadores. Toda vez que “el desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido”.

103. Esta Corte ha entendido que la omisión de afiliación y no pago de los emolumentos de la seguridad social no es una carga predicable del trabajador, sino que debe ser atribuido al empleador, quien es el llamado a cumplir con la obligación de afiliación o cotización de todos sus dependientes. Así, desde la sentencia T-295 de 1997, la Corte sostuvo que:

“La Ley 100 de 1993 consagra la obligación de todos los empleadores, del sector público o privado, de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social, y establece sanciones para quienes no cumplan con este deber. Ellos, en todo caso, están obligados a

asumir en forma directa los costos de la atención de salud que requieran sus trabajadores, si no los han incorporado al sistema institucional de protección. Esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social es fundamental cuando está íntimamente relacionado con un derecho como la vida y ha sido enfática en exigir a los empleadores el cumplimiento de su obligación de afiliar a sus trabajadores y pagar oportunamente los aportes que les corresponda.”

104. Por su parte, la falta de afiliación no solo tiene consecuencias en los subsistemas de pensiones o riesgos laborales, sino también en el cubrimiento de la atención en salud y el reconocimiento de la licencia de maternidad. Frente a ésta última, la Corte en la Sentencia T-526 de 2019 reiteró que “la licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del niño y, además, que dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”.

105. Sin embargo, cuando no existe traslado de los riesgos previsionales por falta de afiliación, no es posible exigir al subsistema de salud el cubrimiento de la licencia de maternidad. Por lo tanto, si la trabajadora se encuentra cobijada por una relación de dependencia laboral, la licencia debe ser sufragada en su totalidad por el empleador, y para ello la trabajadora no debe cumplir ningún requisito.

106. En suma, ya sea en aplicación de la primacía de la realidad dispuesta en el artículo 53 de la Constitución o la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T., una vez concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo relativos a la prestación personal del servicio, la subordinación y el pago de un salario, se impondrá la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo. Como consecuencia directa de lo anterior, dentro de los deberes que surgen de una relación laboral a cargo del empleador, no solo se encuentran los prestacionales previstos en el Código Sustantivo del Trabajo alusivos al pago del salario (art. 134), prima legal (art. 306), cesantías (art. 249), intereses a las cesantías (art. 1º, Ley 52 de 1975) y vacaciones (art. 186). Sino que también surgen las obligaciones propias del sistema integrado de seguridad social, en especial el deber de afiliar en una caja de compensación familiar (art.7.3, Ley 21 de 1982), en alguna entidad promotora de salud, una administradora

de pensiones y una aseguradora de riesgos laborales y cumplir con el pago de la respectiva cotización (art.161, Ley 100 de 1993).

(v) De la validez de la suspensión unilateral del contrato de trabajo

107. De conformidad con la situación fáctica del presente caso relativa a que, de una parte, el empleador alega la suspensión del contrato y de otra, la accionante la imposición de una licencia no remunerada, es necesario distinguir los dos conceptos y sus respectivos efectos.

108. En cuanto a la primera, el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la figura de la suspensión del contrato de trabajo y establece siete causales taxativas para ello, a saber: (i) fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución, (ii) muerte o inhabilitación del empleador; (iii) suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador; (iv) licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria; (v) llamamiento a prestar servicio militar; (vi) detención preventiva del trabajador; y (vii) huelga declarada.

109. En armonía con lo anterior, en un caso en el que se negó la contabilización de las semanas de cotización a un trabajador cuyo contrato estuvo suspendido, la Corte recordó que solo procede dicha suspensión cuando se concreten los elementos de temporalidad y causalidad, a saber:

“Los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo establecen las causales para la suspensión del contrato de trabajo y las consecuencias de esa circunstancia para el trabajador y el empleador, respectivamente. En primera medida, es importante tener en cuenta que la suspensión del contrato de trabajo es una figura que permite el cese temporal de la prestación del servicio o labor que realiza un trabajador y, a su vez, el no pago del salario por parte del empleador, durante el tiempo que se encuentre en suspenso la relación laboral. Es decir, faculta a interrumpir el cumplimiento de las obligaciones principales de un contrato de trabajo, pero garantizando que subsista la relación contractual⁸⁸. Así, esta figura se caracteriza por dos elementos propios: (i) la temporalidad, pues se trata de una situación transitoria; y (ii) la causalidad, porque la ley regula las situaciones que permiten suspender el contrato.

El artículo 51 del CST8, subrogado por el artículo 4º de la Ley 50 de 1990, prevé las situaciones que derivan en la suspensión del contrato. La Corte Constitucional ha señalado en diferentes oportunidades que dichas causales son taxativas, pues se pretende evitar “que de forma intempestiva el empleador cierre la unidad productiva de la que derivan su subsistencia los trabajadores y su familia”.

110. En relación con la demostración del caso fortuito o de la fuerza mayor, la Sala de Casación Laboral, como máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral ha considerado que estas situaciones extraordinarias deben ser acreditadas con el fin de invocar válidamente la causal de suspensión, ello se explica a continuación:

“(…) se ha explicado, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia de esta Corporación, que para que un hecho determinado pueda calificarse como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito y, en consecuencia, tener la virtualidad de eximir al deudor de la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales, debe ostentar dos notas esenciales: La imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Que el hecho sea imprevisible no significa otra cosa que, en los términos de normal ocurrir de los sucesos, su acaecimiento sea súbito, inesperado, repentino, extraño. Es decir, que la probabilidad de la ocurrencia del hecho no hubiera podido ser prevista o conocida anticipadamente por el deudor. Y que sea irresistible quiere decir tanto como que es invencible, incontrastable o que se impone fatalmente y supera los designios del deudor; de suerte que éste no puede evitar su acaecimiento, con la diligencia y el cuidado debidos, ni superar sus consecuencias.

Por ello algunos doctrinantes separan estas dos notas de la irresistibilidad y consideran el último aspecto como un elemento diferente, consistente en que el hecho haya vuelto imposible absolutamente el objeto de la obligación. Las elaboraciones jurisprudenciales de esta Corporación, así en el ramo civil como en el laboral, han exigido siempre la conjunción de los mencionados elementos, al punto de sostener indefectiblemente que en ausencia de uno cualquiera de ellos, la figura de la fuerza mayor o caso fortuito se desdibuja.”

111. Respecto de contenido de la segunda figura, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 51 del C.S.T., la licencia no remunerada es un permiso otorgado por el empleador para que su trabajador se ausente de su lugar de trabajo por un determinado tiempo. Es decir, se trata de

un permiso que no es obligatorio conceder por expreso mandato de la ley, como por ejemplo la licencia por luto o calamidad doméstica, sino que se trata de un acuerdo entre las partes como consecuencia de la petición libre y espontánea del trabajador sin necesidad de una justificación expresa, y por esa razón, no son remuneradas, puesto que el trabajador no presta sus servicios durante el tiempo que dure la licencia.

112. Ahora bien, en cuanto a los efectos, tanto de la suspensión por caso fortuito o fuerza mayor como de la suspensión por licencia no remunerada, son los mismos, por virtud del artículo 53 del C.S.T. Esto es, para el trabajador se interrumpe la obligación de prestar el servicio mientras que para el empleador se interrumpe la de pagar los salarios durante dicho lapso.

113. Empero, en lo que toca a la seguridad social, la Corte ha señalado que “lo único que se interrumpe es la obligación de prestar el servicio y el pago del salario, luego, se mantiene la prestación de la seguridad social, es decir que durante la suspensión hay que responder por la atención a la salud de los trabajadores. Con mayor razón después de la Constitución de 1991, que señaló a la seguridad social como principio del trabajo en el artículo 53, luego la garantía de la seguridad social en salud, en estos casos de protección de trabajadores, entre ellos los trabajadores con contrato suspendido, está respaldada constitucional y legalmente”.

114. En consecuencia, si bien el empleador está facultado por la ley laboral para suspender los contratos de trabajo de sus empleadores por motivos expresos, las obligaciones distintas al pago de salario, que cesan por motivo de la suspensión, no pueden ser desconocidas ni omitidas por parte del empleador pues la norma, al contemplar los efectos de la suspensión, no dispuso en ningún momento la interrupción de otro tipo de obligaciones derivadas del contrato de trabajo tales como las referentes a la seguridad social.

Del permiso en el marco de la pandemia del Covid-19

115. Ante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológico declarado en el Decreto 417 de 2020 sobre todo el territorio nacional, el Ministerio de trabajo, por su parte, mediante el Decreto 488 de 2020 profirió unas medidas de orden laboral “para disminuir la afectación que tendrá el nuevo Coronavirus COVID-19 en los trabajadores y los empleadores”. Entre las consideraciones presentadas por el ministerio, este señaló de conformidad con los artículos 25 y 125 de la Constitución Política, que el trabajo es un derecho que goza de especial

protección por parte del Estado, trabajo que debe darse en condiciones dignas y justas, y que, en el marco de un estado de emergencia, el Gobierno no puede desmejorar los derechos sociales de dichos trabajadores expedidos con ocasión de ella.

116. Desde a comienzos de la declaratoria de emergencia, con la Circular 021 del 17 de marzo de 2020 dirigida a los empleadores y trabajadores del sector privado, el Ministerio de Trabajo hizo un recuento del ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral y recordó que existen varias medidas de protección al empleo que pueden ser empleadas con ocasión de la fase de contención de la emergencia del Covid 19, tales como: (i) el trabajo en casa, (ii) el teletrabajo, (iii) la jornada flexible, (iv) las vacaciones anuales ya fueran de modo anticipado o colectivo, (v) los permisos remunerados y (vi) el salario sin prestación del servicio. De dichas figuras, se resalta, que ninguna de ellas implica privar al trabajador de su fuente de ingresos.

117. Por medio de la Circular 022 del 19 de marzo de 2020, el Ministerio de Trabajo le aclaró a los empleadores y trabajadores del sector privado que “la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en las valoraciones de los hechos puestos a su consideración”; además, manifestó que “no se ha emitido autorización alguna de despido colectivo de trabajadores, ni de suspensión de contratos laborales”.

118. Posteriormente, en la Circular 033 del 17 de abril de 2020, el Ministerio puso de presente otra serie de mecanismos adicionales con los que cuentan los empleadores para proteger el empleo. Entre ellos mencionó: (vi) la licencia remunerada compensable, (vii) la posibilidad de modificar la jornada laboral y concertación del salario, (viii) la variación o suspensión de beneficios extralegales y, (ix) la concertación de beneficios convencionales.

119. En cuanto a las licencias no remuneradas, en Concepto 18889 de 24 de abril de 2020, el Ministerio se pronunció con ocasión de la solicitud presentada por una ciudadana en la requería un concepto jurídico respecto de la licencia no remunerada en emergencia sanitaria. En respuesta de lo anterior, el Ministerio manifestó que el artículo 57 del C.S.T. incluye las obligaciones especiales a cargo del empleador, dentro de las cuales prevé la de conceder a sus trabajadores licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave de calamidad doméstica

debidamente comprobada o para desempeñar comisiones sindicales. En cuanto a las licencias y/o permisos no remunerados, dicho ente ministerial señaló que estas no se encuentran en la norma en cita “por lo que su concesión estará sujeta a lo que el empleador establezca en el reglamento de trabajo” o, en su defecto, “acordadas con el empleador”.

120. A su vez, en ese mismo Concepto recordó que mediante Circular 027 de 2020 se puso de presente a los empleadores y trabajadores del sector privado que la opción de una licencia no remunerada debe provenir libre y voluntariamente del trabajador y el empleador deberá determinar la procedencia de concederla o no.

121. En suma, la suspensión del contrato de trabajo es una medida excepcional, que se encuentra supeditada a la existencia de una de las situaciones que la permiten -causalidad- y la fijación de un plazo -temporalidad-. Así, si se invoca la causal del numeral 1 del artículo 51 del C.S.T. (caso fortuito o fuerza mayor) deberá acreditarse ante el juez la existencia de un hecho imprevisible e irresistible, y en el caso, de emplear la causal del numeral 4 (licencia no remunerada) del mismo artículo en cita, deberá mediar la voluntad libre y espontánea del trabajador. De todos modos, en ambos casos se suspende el pago de salarios y la prestación del servicio, sin que ello implique la cesación de la obligación de realizar los aportes a seguridad social del respectivo trabajador, los cuales no se suspenden ni siquiera en el marco de la pandemia del Covid-19.

(vi) Auxilios otorgados a los empleadores durante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada en los decretos 417 y 637 de 2020

122. Como es bien sabido, mediante Resolución 385 de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por causa del Covid-19 con el objeto de garantizar la debida protección de salud de los habitantes del territorio nacional. Entre las medidas adoptadas en la Resolución, el Ministerio le ordenó a los gobernadores y alcaldes “controlar las medidas de bioseguridad que el Ministerio de Salud y Protección Social haya adoptado o adopte para la realización de actividades que permitan la reactivación económica, social y cultural, en la medida en que, las mismas, se vayan permitiendo gradualmente, una vez analizada la situación epidemiológica, la capacidad de atención de los servicios de salud y el porcentaje de avance del Plan Nacional de Vacunación en cada territorio”.

123. Posteriormente, como mencionamos, mediante Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológico en todo el territorio nacional. Dentro de las consideraciones presentadas por el Gobierno Nacional, se destacó que “los efectos negativos a los habitantes del territorio nacional requieren de la atención a través de medidas extraordinarias referidas a aliviar las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, que puedan verse afectadas en su cumplimiento de manera directa por efectos de la crisis” y “que los efectos económicos negativos generados por el nuevo coronavirus Covid-19 a los habitantes del territorio nacional requieren de la atención mediante la adopción de medidas extraordinarias encaminadas a atender las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, con el fin de proteger el sector salud, promover la industria y el comercio del país y permitan absorber las pérdidas económicas y fuerza laboral afectada por esta pandemia.”

124. Dada la situación de la pandemia y la declaratoria del estado de emergencia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante, MHCP) también adoptó algunas medidas generales para los empleadores y otras específicas para determinados sectores de la economía con el fin de conjurar los efectos de la crisis económica. Con apoyo en la declaratoria conjunta del 27 de marzo de 2020 del presidente del Comité Monetario Financiero Internacional y la Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional, declaración en la que se sostuvo que:

“Dada la interrupción repentina de la actividad económica el producto mundial se contraerá en 2020. Los Países miembros ya han adoptado medidas extraordinarias para salvar dichas y salvaguardar la economía. Pero es necesario hacer más. Se debe dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y financiera la recuperación en 2021” y dado que los “la recuperación del sector de juegos de suerte y azar resulta esencial para financiar los servicios en salud, razón por la cual se requiere adoptar protocolos para la reactivación de la operación, la realización de sorteos y la comercialización de los juegos”.

Medidas generales

125. En primer lugar, mediante Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, modificado

por el Decreto Legislativo 677 del 19 de mayo de 2020 y por segunda vez, con el Decreto Legislativo 815 del 4 de junio de 2020, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público creó el Programa de apoyo al empleo formal (en adelante, PAEF) con el fin de mantener y proteger el empleo formal por medio de varias medidas a saber: (i) con el establecimiento de un subsidio para el pago de la nómina por trabajador, siempre y cuando sus contratos no se encontraran suspendidos; (ii) dispuso una exención de gravámenes financieros para las cuentas desde las que se realizaban los pagos de la nómina; (iii) dispuso la inembargabilidad de los recursos depositados en dichas cuentas; (iv) gestionó la apertura de una línea de crédito para garantizar la nómina con el Fondo Nacional de Garantías y la posibilidad de abonar el subsidio al pago del crédito; (v) y prescribió la inaplicabilidad de la retención en la fuente en los pagos de nómina; entre otros beneficios.

126. De igual modo, el Decreto Legislativo 770 del 3 de junio de 2020 se ocupó de cubrir el subsidio para el pago de las primas mediante la creación del Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios (en adelante, PAP) y el programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual. En el primer evento, se dispuso un subsidio para el pago de la prima de servicios de 2020 y en el segundo, una transferencia monetaria, hasta por tres meses, a quienes, para los meses de abril, mayo o junio de 2020 se les haya suspendido su contrato laboral o se encuentren en licencia no remunerada.

127. Posteriormente, y ante la necesidad de prorrogar las medidas de apoyo del PAEF y el PAP, el Congreso de la República expidió la Ley 2060 de 2020, con el fin de ampliar la vigencia del subsidio a la nómina hasta marzo de 2021 y el de la prima hasta enero de ese mismo año. De dicha ley, se destaca que el legislador tuvo en especial consideración la condición de mujer trabajadora, pues para estas previó que:

“ARTÍCULO 6°. Adiciónese un nuevo párrafo al artículo 3° del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por los decretos legislativos 677 y 815 de 2020, así:

“PARÁGRAFO 5. Cuando dentro de los empleados sobre los cuales se recibirá el aporte estatal se encuentren una o varias mujeres, la cuantía del Programa de Apoyo al Empleo Formal- PAEF corresponderá al número de empleados hombres multiplicado por hasta el cuarenta por ciento (40%) del valor del salario mínimo legal mensual vigente, más el número de empleadas mujeres multiplicado por hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor del

salario mínimo legal mensual vigente.” (énfasis propio)

Medidas focalizadas

128. En relación con el sector de suerte y azar, por medio del Decreto Legislativo 808 del 4 de junio de 2020, el MHCP y en atención a los pronósticos de un aumento del riesgo de insolvencia de las empresas, adoptó las siguientes medidas focalizadas en este tipo de negocios, tales como: (i) incentivos de premio inmediato de juegos de suerte y azar territoriales con beneficios de descuento en los gastos de administración del operador y exclusión del I.V.A.; (ii) juegos de premio inmediato operado por internet; (iii) incremento de dos sorteos extraordinarios durante la vigencia del 2020 y 2021; (iv) acuerdos de pago con las distribuidoras del loto; (v) flexibilidad en el otorgamiento del concepto de uso del suelo; (vi) permisión de bingo remoto y (vii) autorización del cierre de los juegos promocionales.

129. De lo anteriormente expuesto se colige que las empresas de juego y azar quedaron incluidas dentro de los beneficios: (i) del PAEF para el pago de la nómina fuera por medio del subsidio a una porción del salario o para la adquisición de una favorable línea de crédito, (ii) un apoyo para el pago de la prima de servicios por conducto del PAP; (iii) múltiples prerrogativas y flexibilidades en el sector de suerte y azar para seguir desarrollando esta actividad. Incluso, (iv) en el extremo de suspender los contratos, se otorgó una serie de transferencias para dichos trabajadores formalizados.

(vi) International Games Sistem Solutions y sus representantes legales desconocieron los derechos fundamentales a un debido proceso, trabajo, mínimo vital, salud y seguridad social de Marbelys Caridad Pineda Pulido, trabajadora migrante irregular en estado de gestación, al negarle su derecho a la afiliación a seguridad social y el pago de sus prestaciones sociales durante el estado de emergencia decretado con ocasión de la pandemia del Covid-19

130. Con el fin de poder realizar un pronunciamiento sobre el caso en concreto es importante recapitular las circunstancias fácticas que dieron origen a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia que aquí se revisan. A este respecto, está claro que la señora Marbelys Caridad Pineda Pulido invocó la protección de los derechos fundamentales en comento, los cuales, a su juicio, fueron vulnerados por su empleador con ocasión de la suspensión del contrato de trabajo y el no pago de salarios y prestaciones desde el día 19 de marzo de 2020 y hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, pese a encontrarse en estado de embarazo.

131. Se tiene que en el presente caso, International Games Sistem Solutions S.A.S. ha tenido una conducta procesal reprochable consistente en su renuencia en contestar la demanda de tutela y pronunciarse sobre el auto de pruebas del 22 de junio de 2021 y su requerimiento del 21 de julio de 2021. Tan solo, y con ocasión del fallo condenatorio en primera instancia, en el que acertadamente el a quo amparó los derechos fundamentales a la accionante, ordenó su reintegro y el pago de prestaciones y salarios dejados de percibir desde la suspensión del contrato, fue que la empresa se pronunció.

132. Por su parte, la accionante como prueba de la relación laboral aportó 45 capturas de pantalla y dos videos. Tal y como lo señaló el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los migrantes irregulares sumergidos en trabajos informales se enfrentan a sendas barreras probatorias para demostrar -si quiera- el pago de su servicio. Empero estas dificultades, ya la Corte Constitucional, en la Sentencia T-574 de 2017 proferida por la Sala Tercera de Revisión, aclaró el valor de las capturas por medio de la aplicación WhatsApp. Si bien se reconoce que, en dicha providencia, se analizó la afectación del derecho a la intimidad por la divulgación del contenido de un chat de trabajo, para el presente caso resulta aplicable el razonamiento aducido en torno al valor que se otorga a las manifestaciones realizadas en un chat de trabajo.

133. Frente a las referidas pruebas aportadas por la parte demandante, específicamente a lo que refiere a las capturas de pantalla y de video, otra Sala de Revisión de la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto de la calidad de este tipo de pruebas. Al respecto, en Sentencia T-043 de 2020, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional señaló que, conforme a la doctrina Argentina, estas pruebas deben ser tomadas como pruebas indiciarias “dada la informalidad de las mismas y las dudas que puedan existir entorno a su autenticidad frente a la vasta oferta de aplicaciones de edición o diseño que permiten efectuar alteraciones o supresiones en el contenido” y, agregó, frente al valor que debe darse a la prueba indicaría ésta debe ser “valorada de forma conjunta con los demás medio de prueba”.

134. Por su parte, la Sala Segunda de Revisión pone de manifiesto que el hecho de que este tipo de pruebas indiciarias puedan considerarse débiles por si solas y por ende no pueden servir como fundamento único de una decisión, las mismas no pueden ser descartadas, ni ignoradas, ni dejadas de sopesar al momento de tomar una decisión en un caso en concreto

pues, tal como lo señaló la sentencia referenciada en el párrafo anterior, éstas pruebas, de acuerdo con la sana crítica deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de pruebas obrantes en el expediente.

135. Aclarado lo anterior, es de resaltar que de la impugnación presentada por Andrés Ricardo Robayo Romero como representante y administrador de International Games Sistem Solutions S.A.S., se valora una suerte de confesión en el sentido de que aunque negó la existencia de una relación laboral, contradictoriamente alegó su imposibilidad de afiliarse a la accionante por carecer del PEP. Sobre estas dos cuestiones, se suman otros dos aspectos que deben dilucidarse, como el conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador y la situación actual del contrato de trabajo de cara a la suspensión unilateral.

Con relación a estas cuatro cuestiones, la Sala Segunda de Revisión, las resuelve del siguiente modo:

a. a) En cuanto a la alegada inexistencia de una relación laboral

137. De conformidad con el dicho de la vinculada expresado en la impugnación en lo referente a que “La señora MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO laboraba por días en el horario que se le acomodaba y sin cumplir ningún tipo de horario, ella sabía qué labores debía realizar en cuanto al aseo y demás funciones, nunca tuvo una jornada establecida. Los pagos se le han cancelado en forma diaria a medida que cumplía su labor, nunca existió ningún tipo de contrato ni escrito ni verbal por tratarse de una actividad transitoria.” Así, en dicha contestación se formularon los siguientes puntos a considerar: (i) el horario y labores desempeñadas; (ii) la remuneración y, (iii) la inexistencia del contrato por tratarse de una labor transitoria.

138. Frente al horario y las labores desempeñadas. De las nutridas conversaciones presentadas por la accionante, se evidencia con claridad que, si bien no cumplía con el estándar tradicional de una jornada ordinaria de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 pm. de acuerdo con las actividades comerciales de un casino, sí tenía una jornada variable y que le implicaba un alto grado de disponibilidad horaria y locativa, dados los traslados a los casinos Keops y Panacea, así como turnos diurnos, nocturnos y festivos. Incluso, en algunos mensajes se aprecian varios reclamos de Andrés Robayo a la accionante por su retraso en la llegada al lugar de trabajo.

En cuanto a las labores, no es cierto que esta se dedicara exclusivamente al servicio de aseo, pues se le encomendaron tareas de confianza propias al manejo del dinero en la caja, realizar las consignaciones de las ganancias, pagar los salarios de otros compañeros, informar sobre el estado de las máquinas de juegos, entre otras.

139. Frente a la remuneración. Muy a pesar de que la vinculada adujo que se pagaba a diario conforme a un servicio transitorio, lo cierto es que se le cancelaba su remuneración quincenalmente y además, de manera irregular se le realizaban descuentos por las pérdidas del casino.

140. Frente a la inexistencia del contrato por ser una labor transitoria. En cuanto a la transitoriedad, basta con decir que se causó un período de vacaciones competo, esto es, del 8 de enero de 2019 al 8 de enero de 2020, sin siquiera invocar alguna de las causas legales para un trabajo esporádico, el cual, de todos modos no pierde su naturaleza de laboral. En este aspecto, resulta pertinente indicar que de manera diáfana se evidencia una relación de subordinación y dependencia dadas las instrucciones dadas en el manejo de las máquinas, el modo de administrar las ganancias, la asignación de turnos y llamados de atención.

141. Por lo tanto, de la valoración de los medios de prueba, más allá de cualquier duda, se constata la existencia de un contrato realidad y, por lo tanto, de él surgen las consecuencias relacionadas en el numeral 114 de la presente sentencia.

142. A partir de las pruebas allegadas, la Sala constató, además, que en poder de la accionante se encontraba una carta diligenciada por el representante legal y administrador de International Games Sistem Solutions S.A.S. a través de la cual se comunicaba a sus colaboradores la decisión de cerrar sus establecimientos y parar la actividad hasta tanto las autoridades pertinentes diesen la orden de levantar la cuarentena. Toda vez que no obra contradicción por parte de International Games Sistem Solutions S.A.S. en relación con esa comunicación, la Sala estima que es aplicable la presunción de veracidad de la misma y concluye que si la accionante tenía en su poder esta comunicación remitida por el representante legal de la mencionada empresa entonces, una vez más, se predica la existencia de una subordinación y una relación laboral entre los dos.

143. Por otro lado, dada la conducta de los administradores de esta sociedad de tratar de confundir al juez de tutela en cuanto a la identificación del empleador de la accionante y

negarse a contestar la demanda y a responder o pronunciarse sobre los autos de pruebas, se infiere que dicha conducta no es otra que un acto en perjuicio de los derechos de la demandante; por lo tanto, en este caso, se dará una extensión del precedente de presunción de solidaridad prevista por la Corte en las sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003.

144. En sede de unificación, con el fin de salvaguardar la eficacia de los derechos fundamentales involucrados, en las sentencias de unificación arriba mencionadas, la Corte creó una solidaridad temporal en cabeza de las controlantes dada su capacidad de administrar los recursos de su subordinada. En el presente caso si bien no se trata del mismo tipo de sociedad sí se comparte el elemento de administración de los recursos de la sociedad por parte de sus representantes legales.

145. Al hacer un análisis de los elementos esenciales del contrato realidad y su aplicación al caso en concreto de la señora Marbelys Pineda Pulido, la Sala encuentra que se configura en esta oportunidad la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por cuanto:

* Frente al salario. De conformidad con lo señalado por la accionante en su escrito de tutela y tal como quedó referenciado en el supra a pie de página 11, la señora Pineda Pulido recibía un pago quincenal por sus servicios. Aun cuando no puede determinarse de manera concreta a cuánto ascendía el monto de dinero del salario que la aquí accionante recibía por parte de su empleador, se presume por las conversaciones vía WhatsApp que sí existió un pago por la retribución de los servicios prestados, razón por la cual se encuentra configurado el primer elemento.

□ Frente a la continua subordinación. Si bien no puede determinarse que la accionante cumplía con un estándar tradicional de una jornada ordinaria de trabajo, sí tenía una jornada variable conforme a las distintas labores que desempeñaba en los Casinos en los que rotaba, jornadas laborales que se ajustaban a un horario variable a lo largo del día (supra 8, supra 11), incluso en turnos los fines de semana, lo que permite concluir que contaba con un alto grado de disponibilidad horaria.

Ahora bien, respecto al modo y las labores realizadas por la señora Marbelys Caridad Pineda, tampoco queda duda, según consta en las conversaciones aportadas, que ésta prestaba su servicio de manera presencial en los diferentes establecimientos de juego y azar a los que era trasladada, pues desde allí, debía informar sobre las ventas, recibir el dinero de la caja,

reportar las pérdidas, advertir sobre la inasistencia de otros compañeros de trabajo, incluso estuvo encargada del manejo de dineros al interior de la empresa, al ordenársele realizar consignaciones en las cuentas bancarias del gerente, cancelar salarios de otros compañeros y entregar sumas de dinero a terceros.

Adicionalmente, de las conversaciones aportadas se colige que la accionante permanecía en constante control y monitoreo por parte de la coordinadora Pilar Moreno y el gerente Andrés Robayo, este último, representante legal de la empresa International Games Sistem Solutions S.A.S. Así, de todo lo expuesto, se constata que entre la accionante y la empresa vinculada existió una relación subordinada.

b) Frente a la imposibilidad de afiliación de una trabajadora migrante irregular

146. De acuerdo con la situación fáctica, la Sala reconoce que desde el momento en el que inició la relación de trabajo, esto es, el 8 de enero de 2019, no era posible efectuar la afiliación al sistema integrado de seguridad social por cuanto la trabajadora se encontraba sin P.E.P. por causa de su situación irregular. No obstante, dicha imposibilidad pudo superarse desde el 28 de enero de 2020 con la entrada en vigor del Decreto 117 de 2020, toda vez que dicha norma faculta a los empleadores para solicitar ante el Ministerio de Trabajo el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF). En consecuencia, el aquí empleador debió haber adelantado desde esa fecha los trámites tendientes a regularizar la situación migratoria de su trabajadora.

147. En vista de lo anterior, la Sala encuentra que el incumplimiento del deber de afiliación por parte de International Games Sistem Solutions S.A.S. y de sus representantes legales generó a la accionante un perjuicio durante su estado de embarazo al no estar afiliada a una entidad promotora de salud, el cual se sigue perpetuando con posterioridad al parto, en lo referente a la atención de su hijo recién nacido. Así, si bien, la accionante y el bebé fueron atendidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., dada la falta de afiliación no han podido acceder a todos los servicios disponibles en el subsistema de seguridad social en salud.

c) Sobre la supuesta falta de conocimiento del estado de embarazo

148. Dentro de los elementos probatorios recaudados se encontró prueba palmaria de que,

desde el 26 de febrero de 2020, el empleador tenía pleno conocimiento del estado de embarazo de Marbelys Caridad al punto que ella le solicitó un préstamo de \$200.000 pesos para realizarse unas ecografías obstétricas, se le indicó el cambio de uniforme a una bata de embarazo e incluso estuvo incapacitada por presentarse una amenaza de aborto.

149. En este punto la Sala se permite señalar que no encuentra justificación alguna a los argumentos esgrimidos por el juez de segunda instancia cuando señaló que “si bien, opera la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo en cuanto al ámbito laboral, de facto sería aplicable a los connacionales y extranjeros, siempre y cuando los mismos se encuentren legalmente autorizados para desempeñar sus labores. Por lo tanto, es de anotar que el estado de embarazo reportado por la tutelante se generó como ella misma lo indica mucho tiempo después de haberse suspendido la relación laboral con la tutelada”.

150. Ante lo anterior, es necesario e imperante recordar al juez de alzada y a la ciudadanía en general, que de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, en los casos de gestantes, los niños no deben sufrir las consecuencias de discriminación por ninguna circunstancia atribuible a sus padres y tal y como se reseñó en el numeral 66 de esta sentencia “2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Igualmente, conforme al artículo 44 de la Carta, “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

151. Ahora bien, tampoco es de recibo el hecho de que el juez de alzada estimara que por simple hecho de que la aquí demandante se encuentra en situación irregular, esta circunstancia la priva de la protección que recae sobre las mujeres trabajadoras gestantes. Pues, tal como lo señaló esta Sala cuando se refirió a los derechos laborales de los migrantes irregulares en el numeral 77, de haber realizado una lectura armónica de las normas consagradas en distintos instrumentos internacionales y de la jurisprudencia constitucional, habría podido dilucidar que si bien los migrantes, en principio, no tienen ciertos derechos cuando ingresan al país de forma irregular, ello no los despoja per se de su dignidad humana y de los derechos humanos que le son inherentes.

152. Recuerda la Sala que, de acuerdo con varios instrumentos internacionales de derechos

humanos se exige a Colombia que procure que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, incluidos los migrantes en situación irregular, tengan acceso a sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales; dentro del cual se incluye el derecho al trabajo, en el que se incluye a los trabajadores migrantes irregulares, los cuales, se enfrentan a obstáculos de distinta índole, como barreras administrativas, idiomáticas, miedo a la detención o expulsión, dificultades de acceso a la asesoría jurídica. En suma, los jueces constitucionales no deben olvidar que los migrantes, en principio, tienen los mismos derechos humanos que todas las demás personas y que a ellos, como a cualquier trabajador, se les debe aplicar un trato igualitario y no deben ser discriminados debido a su estatus migratorio, máxime si se trata de una mujer trabajadora en estado de gestación.

d) En cuanto a la determinación del estado del contrato de trabajo

153. Siguiendo adelante con el análisis del caso, la Sala encuentra que, adicionalmente, de modo reprochable la empresa indujo a su empleadora a la presentación una licencia no remunerada con el fin de eximirse de la potísima obligación del pago de salarios y prestaciones sociales. En la comunicación remitida por el representante legal de International Games Sistem Solutions S.A.S. con fecha 24 de marzo de 2020 se informó a sus colaboradores la decisión de “cerrar los establecimientos y parar toda la actividad a partir de la fecha y hasta cuando de manera formal las autoridades competentes nos informen que ha terminado la cuarentena sin riesgo para la salud pública” y, en párrafos subsiguientes, les señaló que “me veo en la penosa obligación de anexar la solicitud para que esta sea diligenciada y debidamente firmada (solicitud de permiso no remunerado), decisión soportada en la DECLARATORIA DE EMERGENCIA SANITARIA decretada por el Gobierno Nacional el 17 de marzo pasado. Los establecimientos y personal de la oficina trabajaron hasta el 19 de marzo de 2020 así que la solicitud se debe diligenciar a partir del día 20 hasta el 15 de abril, adicionalmente durante el tiempo que dure la suspensión de continuará efectuando los aportes mensuales legales a seguridad social”. En cuanto al formato anexo a la comunicación la Sala se percata que en el mismo señala “me permito solicitar permiso no remunerado [...] ya que requiero el mismo por razones personales”.

154. De acuerdo con las Circulares expedidas por el Ministerio de Trabajo en el año 2020, específicamente en la circular de marzo de 2020, le recordó a los empleadores que “la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la

República, quien determinará o no su existencia, con base en las valoraciones de los hechos puestos a su consideración”; y que a la fecha “no se ha emitido autorización alguna de despido colectivo de trabajadores, ni de suspensión de contratos laborales”, mientras que en la Circular 027 del mismo año les recordó que “la opción de una licencia no remunerada debe provenir libre y voluntariamente del trabajador y el empleador deberá determinar la procedencia de concederla o no.”

155. Aplicando al caso concreto, el artículo 53 de la Constitución, la jurisprudencia constitucional, el artículo 51 del C.S.T. y las directrices del Ministerio del Trabajo recapituladas en el numeral 121, la Sala encuentra que International Games Sistem Solutions S.A.S. menoscabó los derechos laborales y prestacionales de su trabajadora al suspender unilateral e indefinidamente el contrato de trabajo y por consiguiente el pago del salario y los aportes a seguridad social de su trabajadora. Por cuanto, dicha suspensión no cumplió con los elementos de causalidad, esto es, ser libre y voluntario por parte del trabajador, y de temporalidad, al no indicarse un plazo para el retorno al trabajo.

Razón de la decisión

156. En abstracto, se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital, igualdad, vida digna, seguridad social y protección de la mujer gestante de una mujer trabajadora, indocumentada y en estado de embarazo por parte de un empleador que pese a beneficiarse de sus servicios personales le niega los derechos laborales y prestacionales a que tiene derecho por causa de su situación migratoria irregular. En particular, International Games Sistem Solutions S.A.S. tanto como persona jurídica como por parte de sus representantes, Andrés Ricardo Robayo Romero y William Ernesto Robayo Romero, menoscabaron los derechos fundamentales de Marbely Caridad Pineda Pulido al soslayar su deber de afiliación y pago de salarios desde el 19 de marzo de 2020 hasta la presente, privándola con ello del sustento económico y de atención de su hijo.

Remedios judiciales por emplear en el caso concreto

157. Como resultado de todo lo expuesto en acápites precedentes y lo valorado en los literales a), b), c) y d) de la presente sentencia, la Sala Segunda de Revisión amparará los derechos fundamentales solicitados. Por tanto, revocará la decisión de tutela del 12 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar,

confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, del 8 de julio de 2020, dictada por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá, en lo referente al amparo de los derechos fundamentales de Marbely Caridad Pineda Pulido. No obstante, la Corte adoptará los siguientes remedios judiciales:

Primero. Como en el presente caso se encontraron acreditadas las exigencias para la declaratoria de un contrato realidad, la Sala declarará su existencia desde el 8 de enero de 2019 y sin solución de continuidad.

Segundo. Como quedó demostrada la intención de suspender los efectos del contrato, se tiene que el mismo no ha finalizado, razón por la cual, no sería de recibo el reintegro de la accionante, sino la reanudación inmediata de su vínculo laboral, si así lo considera la accionante.

Tercero. Como consecuencia directa de la existencia de un contrato de trabajo, existen una serie de prestaciones laborales que no han sido reconocidas y pagadas. No obstante, y en atención a que la Sala reconoce las dificultades económicas de la empresa, ésta no será condenada a todos los emolumentos que debería a la accionante, como si se tratase de un proceso ordinario laboral, puesto que al proferirse este fallo en el marco de la acción de tutela, resulta proporcionado reconocer por tutela aquellos pagos que reestablezcan los derechos fundamentales conculcados.

Así las cosas, en cuanto a la vulneración del mínimo vital de la accionante, se ordenará tanto a la empresa y solidariamente a los representantes legales, Andrés Ricardo Robayo Romero y William Ernesto Robayo Romero, el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de la suspensión, esto es, el 19 de marzo del 2020 y hasta la fecha efectiva de la reanudación de su contrato o en el caso de que la accionante no quiera regresar desde la notificación del presente fallo. En este punto, las partes podrán llegar a un acuerdo de pago el cual deberá validarse por el juez de tutela de la primera instancia.

Cuarto. En armonía con lo anterior, también se evidencia un incumplimiento en el deber de afiliación al sistema integrado de seguridad social; por lo tanto, en el evento de que la accionante opte por la reanudación del vínculo laboral conforme a lo antes expuesto, se ordenará a la empresa a solicitar el permiso PEPFF a favor de la accionante.

Quinto. El juez de la primera instancia, como encargado de dar cumplimiento y hacer seguimiento al presente fallo, por virtud de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, tiene a su disposición un conjunto de poderes para hacer cumplir las decisiones de tutela. Así lo recordó la Corte en la Sentencia C-367 de 2014.

Sexto. Se advierte al juez y a las partes que el cumplimiento del presente fallo debe ser inmediato. En ese sentido, desde el Auto 132 de 2012, la Corte ha sido clara en que ni siquiera ante la interposición del incidente de nulidad se interrumpen los efectos del fallo y tampoco implica el condicionamiento de su cumplimiento.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de tutela del 12 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de 8 de junio de 2020 adoptada por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá, en cuanto al amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna de la señora MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO.

SEGUNDO.- DECLARAR la existencia de un contrato realidad entre INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., y MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO desde el 8 de enero de 2019 y sin solución de continuidad.

TERCERO.- ORDENAR a INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S. y personalmente, a Andrés Ricardo Robayo Romero y William Ernesto Robayo Romero, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, reanude la prestación del servicio de MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO a un cargo igual o que no desmejorar condiciones laborales que venía desempeñando antes de la suspensión, si esta así lo desea.

CUARTO.- ORDENAR a INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., y solidariamente a los representantes legales, Andrés Ricardo Robayo Romero y William Ernesto Robayo

Romero, que dentro del término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, paguen a MARBELYS CARIDAD PINEDA PULIDO los salarios dejados de percibir desde el momento de la suspensión, esto es, desde el 19 de marzo de 2020 hasta el momento de la reanudación de contrato o en el caso de que la accionante no quiera regresar, desde la notificación del presente fallo.

La orden de pago solidario es carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a los administradores como representantes y/o socios de la sociedad condenada frente a las obligaciones laborales, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios. Así, este resolutivo tendrá vigencia hasta la culminación del respectivo proceso judicial que éstos inicien.

QUINTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General