



San Gil, Trece (13) de Mayo de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 018 Radicado 2022-00020-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, identificada con la Cédula de Extranjería número 19.421.342 de Venezuela, y permiso de protección temporal número 5081241 expedido por Migración Colombia en Bogotá, D.C., en contra del señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, teniendo en cuenta para ello lo siguiente.

### I. ANTECEDENTES

La precitada ciudadana mediante documento escrito, allegado vía E-mail, interpuso acción de tutela en contra del señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social, vida, integridad personal, dignidad humana e igualdad, con base en los siguientes,

### II. HECHOS

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, la accionante aduce los siguientes:

Señala el día 02 de febrero de 2022, inició a trabajar en la Cafetería “El Zaguán” ubicada en la calle 13 N° 10 – 35, del municipio de San Gil, cuyo propietario es el señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, desempeñándose como ayudante de cocina y oficios varios, percibiendo un salario de treinta mil pesos mcte. (\$30.000) diarios y que durante su vínculo laboral nunca estuvo afiliada a ninguna EPS.

Sostiene que mediante resultado N° 045 de fecha 16 de marzo de 2022, prueba de sangre, se enteró que se encontraba en estado de embarazo, situación que puso en conocimiento de su empleador Eliecer Ramírez Aparicio el día 18 de abril del corriente año, aduciendo que por dicho motivo fue despedida de forma inmediata y sin justa causa.

Como fundamentos jurídicos cita el artículo 43 de la Constitución Política, la Sentencia T-226 de 2021 de la Corte Constitucional de Colombia sobre estabilidad laboral reforzada, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la ley 1822 de 017 sobre el fuero de maternidad y la prohibición de despedir, las sentencias T-673 del 10 de septiembre de 2014, SU-070 DE 013 de la Corte Constitucional, el Convenio 3 de 1921, 95 y 183 de 1952 de la OIT, y otra jurisprudencia sobre el tema.

Soportó lo anterior con los siguientes documentos en formato digital:

- Fotocopia del resultado de examen de sangre para embarazo.
- Fotocopia de su cédula de extranjería y permiso de Protección Temporal.

### III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, es que se protejan sus Derechos Fundamentales a la Vida, Integridad Personal, Dignidad humana, Trabajo, Igualdad, Seguridad Social, Estabilidad Laboral Reforzada y Mínimo Vital, y en consecuencia, se ordene al señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, que realice su reintegro al trabajo con todas las garantías laborales.



#### IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual, según acta N° 4955 del 02 de mayo de 2022, este Despacho mediante auto de la misma fecha admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda al accionado para que efectuara pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción.

De igual manera, se ordenó vincular a MIGRACIÓN COLOMBIA, y el MINISTERIO DE TRABAJO a través de la INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE SAN GIL, para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la demanda.

Posteriormente, con ocasión de la contestación otorgada por el accionado ELIECER RAMÍREZ APARICIO, mediante auto del 03 de mayo de 2022, se ordenó correr traslado de dicha respuesta a la accionante GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, para que se pronunciara de fondo en relación a lo planteado por el accionante.

#### V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS

##### UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA – UAEMC

Dio contestación mediante correo electrónico recibido el 03 de mayo hogaño, a través de la señora GUADALUPE ARBELÁEZ IZQUIERDO, actuando en su condición de jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicha entidad, quien luego de exponer los aspectos legales y administrativos sobre las facultades extraordinarias conferidas a dicho organismo gubernamental, adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, se refirió al caso en particular tratado en la presente tutela, manifestando que por informe solicitado y obtenido de la Regional Oriente de la UAEMC, acerca de la condición migratoria de la ciudadana GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, se halla registrada con Documento de identidad extranjero número 19421342 de Venezuela, Estado Activo, Género Femenino, inscrita en el Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV), bajo certificado de Permiso por Protección Temporal N° 5081241, Ciudad San Gil, Departamento de Santander, fecha de expedición 12/12/2021 y fecha de vencimiento 30/05/2031; Registra Movimientos de ingreso y salidas del país, cuenta con Registro PEP: 935410112111988 (El documento se encuentra en estado suspendido/cancelado); No cuenta con registro TMF; NO registra solicitudes de trámite ante la UAE Migración Colombia. Que verificando la base de datos del RUMV, se marca el siguiente registro: “Fecha Registro Biométrico: (20/09/2021): Barrancabermeja (14:15 horas): Asistió”. El documento se encuentra impreso. Verificando la Base de Datos, el mismo fue impreso en Cúcuta, a espera que el mismo sea direccionado a Bucaramanga.

Aduce que, de acuerdo al informe anterior, se puede concluir que la ciudadana venezolana se encuentra en el país de manera regular, y puede acceder a los servicios de salud brindados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que es titular del Permiso por Protección Temporal, no obstante, insta a la accionante a que se acerque a la oficina correspondiente para reclamar dicho permiso, el cual, según su naturaleza le permite acceder a los servicios antes descritos. Como sustento cita lo consignado en el art. 14 de la resolución 0971 del 28 de abril de 2021.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la accionante solicita que se ampare su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, expresa que esa unidad no cuenta con la competencia que le permita atender de manera favorable tales pretensiones, concluyendo que la ciudadana GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, se encuentra en permanencia regular en el país, y es titular del PPT que le permite acceder a todos los servicios ofertados por las entidades del Estado, como es el de salud, así como las actividades que se desarrollen en virtud de un contrato de prestación de servicios, una vinculación o contrato laboral.



Remata su misiva expresando que la entidad que representa no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante, y por tal motivo solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esa entidad, toda vez que no existen fundamentos fácticos o jurídicos atendibles que permitan establecer responsabilidad en cabeza de dicho organismo.

Como soporte de lo afirmado, anexa en formato digitalizado, los siguientes documentos:

- Copia de la Resolución No. 154 del 6 de febrero del 2017, por medio de la cual asumió el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Copia de la Resolución No. 1137 de 12 de diciembre de 2012 por medio de la cual se delega la Representación Judicial de la Entidad.
- Acta de posesión No. 0026 del 07 de febrero de 2017.
- Copia Resolución 1178 de 2021.
- Copia Constancia estado PPT.

#### MINISTERIO DE TRABAJO – INSPECCIÓN DE TRABAJO DE SAN GIL

A través del Abogado LUIS ALEJANDRO HIGUERA CASTILLO, en su condición de Inspector de Trabajo y Seguridad Social de San Gil, en representación del Ministerio del Trabajo, manifiesta no constarle los argumentos fácticos planteados por la accionante, considerando que deben probarse, y en cuanto a las pretensiones aduce que la mencionada accionante, en principio, gozaría de especial protección según la normatividad constitucional y legal que rige las relaciones laborales; frente a lo cual ese Ministerio podría adelantar las actuaciones administrativas correspondientes, previa solicitud del interesado acorde con la competencia asignada por el mismo legislador, ante el presunto incumplimiento de las disposiciones laborales a que haya lugar por parte de su ex - empleador. Sin embargo, señala que ante la Inspección de Trabajo de San Gil el señor ELIECER RAMIREZ APARICIO no ha tramitado solicitud alguna encaminada a lograr la autorización para la terminación del contrato de trabajo de la accionante.

Como argumentos de defensa expone que, frente a las peticiones de la accionante, de conformidad con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 41, modificado por la Ley 584 de 2000, artículo 20, a los funcionarios del Ministerio del Trabajo, no les está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, como quiera que es una competencia atribuida a los Jueces de la República, resaltando que para el Ministerio del Trabajo es indispensable que se reconozca la existencia de la relación laboral o en su defecto se declare por parte del juez competente, pues de lo contrario, no se puede hablar de un fuero de estabilidad laboral reforzada de mujer en estado de gestación, ni mucho menos sería competencia del juez constitucional entrar a declarar dicha relación.

Expone que, sin embargo, se procederá de conformidad con respecto a cualquier reclamación que se llegare a presentar por parte del posible afectado de conformidad a los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley 1437 de 2011, y una vez se establezca su procedencia se podrá adelantar las averiguaciones preliminares que determinen la existencia o no de méritos para el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio, etapa última reglada en el artículo 47 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, concordante con la Ley 1610 de 2013, por medio de la cual se verifica el cometimiento o no de infracciones de orden laboral y se adopta una decisión con fundamento en la Ley; sin que esto implique la invasión del campo de competencias de Jurisdicción correspondiente, como quiera que la misma no contendría una declaración de derechos en favor del accionante, tan solo el pronunciamiento acerca de la violación o no de la normatividad constitucional y legal, según corresponda. Esto tampoco obstaría para que la respectiva jurisdicción se pronunciara en torno a los



eventuales derechos que le pudieran corresponder al mismo de manera particular y concreta, acorde con sus peticiones.

Haciendo mención de las disposiciones legales que establecen las funciones que debe cumplir dicho Ministerio, y de la competencia que tienen para autorizar o no el despido de un trabajador, al igual que el concepto del Ministerio sobre la terminación del contrato, y senda jurisprudencia sobre la Estabilidad laboral reforzada de mujer en estado de gestación, la autorización de terminación de contrato solicitada por un empleador, el mínimo vital invocado por la accionante, precisa que: *“(...) de la presunta relación laboral emanan todos los derechos irrenunciables de la trabajadora, entre ellos el fuero de estabilidad laboral reforzada aun cuando se haya producido una renuncia por parte de esta, siempre y cuando se demuestre que esta haya sido bajo presión del empleador. Ahora, se reitera, que mientras no sea reconocida por el empleador, la relación laboral deberá ser declarada por un juez competente pues ni el juez de tutela, ni el ministerio de trabajo serían los competentes para dirimir una eventual controversia o cruce de versiones entre las partes respecto a la naturaleza real del vínculo contractual. **En este caso, tenemos que la accionante manifiesta haber prestado sus servicios al accionado durante aproximadamente un mes y que, al informarle sobre su estado de embarazo, este la despidió. Es así como, atendiendo a las reglas jurisprudenciales ya reseñadas y a los hechos narrados se debería conceder el amparo deprecado; no obstante, lo anterior solo sería viable en caso de que el empleador acepte la existencia de la relación laboral o se lograra demostrar con pruebas concluyentes su configuración, punto en el cual ya debe entrar el empleador a desvirtuar la presunción de despido ilegal que opera en su contra. (...)**”*

Finaliza su misiva expresando que no se opone a que este Despacho, una vez analizadas las pruebas, ampare los derechos invocados por la accionante, pero dado que no existe vulneración por parte de ese ente Ministerial de los derechos fundamentales de la accionante tales como la salud, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, u otros, toda vez que no se le han desconocido ni rechazado reclamación o queja, dentro de la órbita de sus competencias, por ello solicita que se DESVINCULE al Ministerio de Trabajo, Dirección Territorial de Santander, de la presente acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### ACCIONADO ELIECER RAMÍREZ APARICIO.

Participó activamente en el contradictorio, mediante memorial remitido vía correo electrónico el 03 de mayo de 2022, exgrimiendo en su defensa que la accionante fue llamada a realizar turnos en el establecimiento de su propiedad, cuando se daba la necesidad, especialmente los fines de semana, viernes, sábado y domingo, desde el 02 de febrero de 2022, y que por la volatilidad de la contratación y ser esporádicos los días en que se presentaba a laborar, no estuvo vinculada al sistema de seguridad social, habiendo ella misma manifestado que se hallaba viculada al regimen subsidiado.

Aduce que el 17 de abril de 2022, a las doce y media del día, la accionante le informó de palabra que estaba embarazada, terminó la jornada laboral, se retiró del lugar de trabajo, y desde ese día no se volvió a presentar a trabajar, sin dar ninguna explicación, y que luego le remitió a su celular un audio en el que le anunciaba que había ido a la Oficina de Trabajo, y que de allí lo iban a llamar.

Sostiene que ante la situación planteada, su intención, entonces, para darle solución, es emplear a la accionante de forma permanente, por un término fijo de catorce meses, contados a partir de la fecha que le comunicó su estado de gravidez, pero adiciona que ese mismo día (03 de mayo de 2022), por vía telefónica la había citado para que se presentara al día siguiente a su establecimiento de comercio, con el fin de firmar el contrato de trabajo y afiliarla al sistema de seguridad social integral, recibiendo por respuesta que no tenía tiempo porque estaba realizándose unos exámenes y consultas médicas, y que tenía que consultarle a su abogado.



Acota que la notificación de la demanda de tutela lo tomó por sorpresa, más aún cuando la accionante no se había presentado a laborar, y advierte que sólo hasta ese momento conoció el resultado de la prueba de embarazo, en la que se observa que no tiene fecha de su realización, y si se trata de la misma persona que acciona en tutela, solicitando como prueba que se oficie al laboratorio que practicó la prueba, para que ratifique la fecha en que se realizó y su autenticidad.

Considera que su propuesta es la mejor solución al estado en que se encuentra la trabajadora, pero advierte que no puede obligarla a presentarse a firmar el contrato y empezar las labores que ha venido desempeñando. Posteriormente, el 11 de mayo de 2022, remitió vía correo electrónico un escrito mediante el cual pone en conocimiento de este Despacho que la accionante no se presentó a suscribir el contrato de trabajo, expresando que ella sólo hace lo que le diga su abogado.

Como prueba de lo afirmado adjunta copia en formato digital del contrato de trabajo que debe firmar la accionante para vincularla.

## VI. CONSIDERACIONES

### A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

*“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).*



## B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

## C. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LAS PARTES

Se precisa que existe legitimación por activa de la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, identificada con la Cédula de Extranjería número 19'421.342 de Venezuela, y permiso de protección temporal número 5081241 expedido por Migración Colombia en Bogotá, D.C., quien presenta la demanda en ejercicio directo de la acción de tutela y a nombre propio, en contra del señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, por la presunta vulneración de sus Derechos Fundamentales.

Así mismo, el señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, está legitimado por pasiva, en tanto se le atribuye la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la accionante.

En igual sentido, se encuentran legitimadas las entidades vinculadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, y el MINISTERIO DEL TRABAJO a través de la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE SAN GIL.

## D. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

Cita la accionante la vulneración de los Derechos Fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada, Mínimo Vital, Seguridad Social, Vida, Integridad Personal, Dignidad Humana e Igualdad, presuntamente conculcados por el accionado.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si el señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, y/o las vinculadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, y el MINISTERIO DEL TRABAJO a través de la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE SAN GIL, conculcaron o no las prerrogativas fundamentales reclamadas en el presente amparo por la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, según la tutelante por el hecho de haber sido despedida de su trabajo a partir del 18 de abril de 2022, por el hecho de haberle comunicado a su empleador que se hallaba en estado de embarazo, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.



## VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, el Despacho considera necesario traer a colación lo considerado por la Honorable Corte Constitucional en lo que atañe a la regulación y contexto actual sobre condiciones laborales de las personas de nacionalidad extranjera en Colombia, en la sentencia T-535 de 2020<sup>1</sup>, que al respecto consideró:

*“(...) 22. En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, las autoridades nacionales han ejecutado diferentes acciones tendientes a superar la crisis migratoria. En materia laboral, a través de diferentes decretos y resoluciones, se han definido los requisitos que deben cumplir los empleadores y los trabajadores extranjeros en el marco de las relaciones laborales.*

*23. Una de las primeras medidas administrativas para regularizar la situación de las personas migrantes de Venezuela fue la creación del **Permiso Especial de Permanencia -PEP-** a través de la Resolución 5797 de 2017<sup>2</sup>. Sin embargo, este documento presentaba requisitos que limitaban la posibilidad de acceso para sus destinatarios, por ejemplo, haber ingresado al territorio nacional por Puesto de Control Migratorio habilitado con pasaporte. Además, conforme la regulación contenida en el acto administrativo que lo creó, el PEP no reemplazaba el pasaporte (pues era un requisito previo para su adquisición), por lo cual contar solo con ese documento no permitía a su titular afiliarse al SGSS<sup>3</sup>. Debido a esta dificultad el Gobierno, mediante la Resolución 3015 de 2017, habilitó el PEP como documento válido de identificación ante el Sistema General de Seguridad Social en Colombia. El término para acceder al PEP fue ampliado posteriormente a través de las Resoluciones 740 de 2018<sup>4</sup>, 10677 de 2018<sup>5</sup> y 240 de 2020<sup>6</sup>. No obstante, todos mantuvieron los mismos requisitos para acceder al mismo según lo dispuesto en la Resolución 5797 de 2017.*

*24. Más adelante, a través del Decreto 542 del 21 de marzo de 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores creó el **Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV-**, con el fin de “ampliar la información sobre el fenómeno migratorio de esta población en nuestro país” (art. 1°)<sup>7</sup>. El Decreto estableció un periodo de dos meses, contados a partir del 6 de abril de 2018, para llevar a cabo el registro correspondiente y determinó que la información recaudada debía ser remitida a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, “a través de la plataforma y/o mecanismo que diseñ[ara] dicha entidad”<sup>8</sup>. La inscripción en este registro se extendió a todos los migrantes venezolanos, sin necesidad de que hubieran ingresado al país de manera regular por un puesto de control migratorio<sup>9</sup>.*

*25. Luego, en el Decreto 1288 del 25 de julio de 2018, el Gobierno dispuso lo siguiente: “El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante resolución, modificará los requisitos y plazos del Permiso Especial de Permanencia (PEP) para garantizar el ingreso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional”. En cumplimiento de lo anterior, el referido Ministerio expidió la Resolución 6370 de 2018, que reglamentó la expedición del PEP a las personas inscritas en el*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-535 del 18 de diciembre de 2022, M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

<sup>2</sup> Expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

<sup>3</sup> Según el artículo 3 de dicha resolución, con este documento sus titulares quedarían autorizados para “ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral (...)”. Para acceder a este permiso, se establecieron los siguientes requisitos: a) encontrarse en el territorio colombiano con anterioridad al 25 de julio de 2017; b) haber ingresado al territorio colombiano mediante un puesto de control migratorio y con pasaporte; c) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; y d) no tener una medida de expulsión o deportación vigente. La temporalidad para efectuar la solicitud de expedición fue de 90 días calendario, contados a partir de la publicación del acto administrativo. A su vez, la vigencia del PEP sería de 90 días calendario, prorrogables por periodos iguales, sin exceder el término de dos años (art. 2).

<sup>4</sup> Estableció un nuevo término para acceder al PEP, siempre y cuando las personas hubieran ingresado al territorio colombiano de forma regular con anterioridad al 2 de febrero de 2018, y mantuvo los requisitos establecidos en la Resolución 5797 de 2017

<sup>5</sup> Estableció un nuevo término para acceder al PEP, siempre y cuando las personas hubieran ingresado al territorio colombiano de forma regular con anterioridad al 17 de diciembre de 2018, y al igual que la anterior, mantuvo los requisitos establecidos en la Resolución 5797 de 2017.

<sup>6</sup> Estableció un nuevo término para acceder al PEP, teniendo en cuenta los requisitos expuestos en la Resolución 5797 de 2017, para las personas venezolanas que se encontraran en territorio colombiano al 29 de noviembre de 2019.

<sup>7</sup> Allí se dispuso que el RAMV “no otorga ningún tipo de estatus migratorio, no constituye autorización de permanencia o regularización, no reemplaza los documentos de viaje vigentes, no genera derechos de orden civil o político, ni el acceso a planes o programas sociales u otras garantías diferentes a las dispuestas en la oferta institucional de las entidades del Estado, de conformidad con las normas legales vigentes” (art. 2°).

<sup>8</sup> Decreto 542 de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores, artículo 5.

<sup>9</sup> Sentencia T-477 de 2020.



RAMV y eliminó el requisito de ingreso regular al país por un puesto de control migratorio<sup>10</sup>. Así mismo, mediante la Resolución 2033 de 2018, esa cartera fijó el procedimiento para que los migrantes venezolanos incluidos en el RAMV solicitaran el PEP<sup>11</sup>.

26. Posteriormente, mediante el Decreto 117 de 2020<sup>12</sup> se creó el **Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización -PEPFF-**, el cual tiene como objetivo disminuir la informalidad laboral y permitir el acceso al trabajo de los venezolanos en situación migratoria irregular en condiciones de aseguramiento<sup>13</sup>. El titular de este permiso puede regularizar, de manera excepcional y transitoria, su estatus migratorio a través de un contrato laboral o de prestación de servicios que garantice las condiciones laborales del migrante venezolano, y así contar con todos los beneficios que otorga el Permiso Especial de Permanencia (artículo 2.2.6.8.3.1).

27. El PEPFF debe ser solicitado por el empleador (persona jurídica o natural) a través de la página web del Ministerio del Trabajo y se otorga únicamente a los extranjeros que cumplan con las siguientes condiciones: i) ser ciudadano venezolano; ii) estar en condición migratoria irregular; iii) ser mayor de edad conforme al ordenamiento jurídico colombiano; iv) presentar la cédula de identidad venezolana y/o el pasaporte de la República Bolivariana de Venezuela aun cuando se encuentren vencidos; v) no tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior; vi) no ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente; y vii) 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 (artículo 2.2.6.8.3.2).

28. El PEPFF se otorga por el mismo periodo de duración del respectivo contrato ofertado, el cual, en ningún caso, podrá tener una duración inferior a (2) meses ni superior a dos (2) años, siendo posible renovarlo hasta por un plazo máximo acumulado de cuatro (4) años continuos o discontinuos (artículo 2.2.6.8.3.8). Además, dicho permiso servirá como identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional, durante el término en que se encuentre vigente (artículo 2.2.6.8.3.11.).

29. Por otra parte, la política migratoria en materia laboral incluye un **Sistema de información para el Reporte de Extranjeros -SIRE-**, establecido mediante la Resolución del 360 de 2015 como una herramienta tecnológica destinada a tener conocimiento de los reportes relacionados con el empleo<sup>14</sup>. El artículo 1° de dicha resolución, señala como sujetos de verificación migratoria, entre otros, a “todas las personas naturales o jurídicas con vínculo o relación con extranjeros, ya sea de naturaleza contractual, de servicio, cooperación o relación académica y en general cualquier actividad que genere beneficio”. Y el artículo 4°, dispone que las personas naturales o jurídicas con vínculo o relación con extranjeros deben realizar el reporte en el SIRE, so pena de incurrir en la sanción respectiva<sup>15</sup>.

30. De igual modo, a través de la Resolución 4686 de 2018, el Ministerio del Trabajo creó e implementó el **Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia -RUTEC-** con el fin de “obtener información de la inmigración laboral en el país como insumo para la construcción de la política pública migratoria laboral” (art. 2). Este registro es obligatorio para todas las entidades del sector público y las empresas del

<sup>10</sup> El artículo 1° de la Resolución 6370 de 2018 dispuso que, para acceder al PEP, era necesario: “1. Encontrarse en el territorio colombiano a la fecha de publicación de la presente resolución. 2. No tener antecedentes judiciales a nivel nacional o requerimientos judiciales a nivel internacional. [Y] 3. No tener una medida de expulsión o deportación vigente”. Cfr. Sentencia T-477 de 2020

<sup>11</sup> El artículo 2° de la Resolución 2033 de 2018 estableció que “[l]a Unidad Administrativa Especial Migración Colombia expedir[ía] el PEP a las personas incluidas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, de forma gratuita, mediante solicitud del interesado a través del enlace dispuesto para tal efecto en el portal web de la Entidad, el cual estar[ía] disponible a partir del día 2 de agosto de 2018 y hasta el día 2 de diciembre de 2018”. Este plazo fue ampliado hasta el 21 de diciembre de 2018 en la Resolución 10064 de 2018. Cfr. Sentencia T-477 de 2020

<sup>12</sup> “Por el cual se adiciona la Sección 3 al Capítulo 8 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización - PEPFF.”

<sup>13</sup> Es de resaltar que para que el PEPFF fuera implementado en los trámites de Migración Colombia, esta entidad debía expedir una resolución que regulara la materia, situación que se superó con la Resolución 289 de 2020.

<sup>14</sup> “reportes de vinculación, contratación, empleo, admisión, matrícula, desvinculación, retiro, ingreso, atención médica de urgencias y realización de espectáculos artísticos, culturales o deportivos de extranjeros dentro del territorio nacional” (art. 2)

<sup>15</sup> Valga decir que, de acuerdo a este acto administrativo, la vinculación laboral o que preste cualquier tipo de beneficio, debía estar precedida de la autorización o documento habilitante por parte del extranjero.



sector privado que vinculen o contraten personas extranjeras dentro del territorio colombiano (art. 3).

31. Ahora bien, en este punto es necesario hacer mención a las implicaciones del fenómeno de la migración de ciudadanos venezolanos hacia Colombia en el sector laboral.

32. En el ensayo “Migración desde Venezuela en Colombia: caracterización del fenómeno y análisis de los efectos macroeconómicos” publicado en octubre de 2020, el Banco de la República explicó que, a partir de 2016, se ha incrementado notoriamente el flujo migratorio, llegando a situarse en 1.771.237 migrantes desde Venezuela en Colombia para finales de 2019. Esta población se concentra en edades altamente productivas, de 15 a 30 años de edad, y tiene una proporción mayor de menores de 9 años<sup>16</sup>.

33. En el aspecto laboral, el informe presentó como resultado que los migrantes se caracterizan por su alto grado de informalidad, “ya que cerca del 90% no realiza contribuciones a salud ni pensión, y sus ingresos laborales son inferiores al salario mínimo en muchos de los casos<sup>17</sup>. De hecho, solamente un 42% de los migrantes ocupados tienen una remuneración superior a 0,9 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) y un 4,4% recibe ingresos superiores a dos SMMLV<sup>18</sup>. Así mismo, indicó que, si bien no se observa una reducción en la tasa de desempleo total por el choque migratorio, este último sí aumenta la probabilidad de desempleo entre los mismos migrantes. Por esa razón, “una mayor llegada de migrantes va a perjudicar a los venezolanos residentes en Colombia elevando sus tasas de desempleo. A su vez, los sectores que se ven aún más perjudicados por la migración son aquellos de cuenta propia e informales<sup>19</sup>”.

34. Lo anterior posiblemente se debe a que, en cuanto a la participación de la población inmigrante en el país, “no se ha contado con una política específica que busque su caracterización ni la generación de medidas que faciliten su inserción en el mercado de trabajo (González León, 2010)<sup>20</sup>”.

35. Se ha identificado además que la población venezolana ha denunciado “que las condiciones laborales de algunos de los puestos de trabajo que desempeñan son precarias, pues tienen que cumplir con jornadas extensas y no reciben el mismo salario que recibe un ciudadano colombiano (...) y las mujeres son blanco de actitudes discriminatorias y abusivas<sup>21</sup>. La Dirección de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio del Trabajo recibe las denuncias por abuso laboral, siendo las más recurrentes aquellas relacionadas con “el pago de sueldos por debajo del salario mínimo y con la no realización de aportes al Sistema de Seguridad Social de parte de los empleadores<sup>22</sup>”.

36. Por lo tanto, se ha sugerido que “la información cualitativa en materia migratoria y laboral sobre la población migrante debe complementarse con las prácticas legislativas e institucionales diseñadas para facilitar la participación de la población venezolana en el mercado laboral en el país<sup>23</sup>. De ahí que el diseño de la política migratoria laboral dependa del Ministerio del Trabajo en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

37. Lo expuesto hasta acá le permite a la Sala evidenciar la problemática que ha generado la migración masiva de los ciudadanos hacia Colombia desde el punto de vista de la garantía de sus derechos laborales, pues el ingreso irregular al país trae

<sup>16</sup> Ensayos Sobre Política Económica -espe-. Migración desde Venezuela en Colombia: caracterización del fenómeno y análisis de los efectos macroeconómicos, núm. 97, 10/2020. Banco de la República de Colombia. Pág. 58.

<sup>17</sup> Estas dos medidas (contribución a la seguridad social y el cumplimiento del SMMLV) son indicadores de informalidad laboral, calculados con la información de la GEIH [Gran Encuesta Integrada de Hogares del DANE].

<sup>18</sup> Ensayos Sobre Política Económica -espe-. Migración desde Venezuela en Colombia: caracterización del fenómeno y análisis de los efectos macroeconómicos, núm. 97, 10/2020. Banco de la República de Colombia. Pág. 13.

<sup>19</sup> *Ibid.* Pág. 58

<sup>20</sup> Castro Franco, Adriana (editora). Temas de derecho internacional Público. Venezuela migra: aspectos sensibles del éxodo hacia Colombia. Segunda parte, Capítulo segundo: *La migración venezolana en Colombia y la formulación de una política migratoria laboral*, Donna Cabrera. Universidad Externado de Colombia, 2019. Pág. 218.

<sup>21</sup> *Ibid.* Pág. 235.

<sup>22</sup> *Ibid.* Pág. 236.

<sup>23</sup> *Ibid.* Pág. 238.



como consecuencia una alta tasa de informalidad, lo que a su vez perpetúa el sometimiento de los migrantes a condiciones de trabajo desfavorables e indignas.

38. Por ese motivo es indispensable hacer mención a los principios generales y a las pautas de protección de los trabajadores contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 1° establece que la finalidad primordial del Código “es la de **lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores**, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”; el artículo 2° define la aplicación territorial señalando que “rige en todo el territorio de la República **para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad**”; el artículo 3° hace referencia a las relaciones que regula, esto es, “**las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular**, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares”; y el artículo 13 señala que las disposiciones del Código “**contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores**. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo” (resaltado fuera del texto original).

39. Las normas citadas deben ser leídas en concordancia con los artículos 5°, 22 y 23 del CST. El primero, define el trabajo como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”. El segundo, define el contrato de trabajo como aquel por el cual “una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. Y el tercero, se refiere a los elementos esenciales del mismo, esto es, la actividad personal del trabajador, la subordinación o dependencia y el salario como retribución del servicio.

40. De la lectura conjunta de las anteriores disposiciones se concluye que, para lograr la justicia en las relaciones laborales, las garantías mínimas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo deben ser aplicadas a todos los trabajadores sin ninguna distinción, es decir, con independencia de la nacionalidad venezolana o de la situación irregular. Al encontrarse acreditada una relación laboral, ya sea a través de un contrato verbal o escrito o en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.), dicha relación se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo sin que sea necesario hacer una evaluación adicional.

41. Bajo ese entendido, si bien es latente la informalidad laboral generada por el ingreso masivo e irregular de ciudadanos venezolanos a Colombia, ello no se traduce en un aval de los empleadores y las autoridades administrativas y judiciales para no garantizar los parámetros mínimos laborales establecidos en la legislación colombiana, concretamente, en el Código Sustantivo del Trabajo.

42. De lo expuesto se deriva que la política migratoria en materia laboral estuvo ligada a la situación regular del trabajador migrante. La normatividad, por lo menos hasta enero de 2020 con la expedición del Decreto 117, no preveía herramientas que le permitieran a un ciudadano extranjero en condición irregular y que estuviera trabajando, contar con las garantías mínimas derivadas de su condición de trabajador, como la afiliación al sistema de seguridad social y lo que de ella se deriva. Solo hasta inicios de este año el Gobierno implementó un mecanismo que permite regularizar la estadía de los migrantes con el fin de disminuir la informalidad laboral y permitir el acceso al trabajo de los venezolanos en situación migratoria irregular en condiciones de aseguramiento.

43. Aun ante la ausencia de dicha regulación, el Código Sustantivo del Trabajo prevé las garantías mínimas que deben ser reconocidas a todos los trabajadores que se encuentren en el territorio, sin consideración de su nacionalidad o situación migratoria, razón por la cual es obligación de los empleadores y de las autoridades de garantizar los mínimos reconocidos en la legislación laboral y velar por el objetivo primordial, esto es, lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. (...).”

De igual manera, es conveniente citar lo estipulado por el máximo Órgano de Cierre Constitucional respecto de la Estabilidad Laboral Reforzada de mujer en estado de



gestación que, de manera detallada, reafirmando la unificación de su criterio, mediante sentencia SU-075 de 2018<sup>24</sup>, expresó:

**“(…) 2. El precedente judicial vigente en materia de estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas<sup>25</sup>.**

### **2.1. Fundamento constitucional de la protección de las mujeres embarazadas**

11. Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales<sup>26</sup>:

(i) **El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad<sup>27</sup>**, el cual se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo<sup>28</sup>. Así, la jurisprudencia constitucional ha destacado que este enunciado implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante –sin distinción–, y **un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada**. En este sentido, se trata de una protección general para todas las mujeres gestantes<sup>29</sup>.

(ii) **La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral**, la cual ha sido destacada por esta Corporación en reiteradas oportunidades<sup>30</sup>. El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia<sup>31</sup>. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución<sup>32</sup> que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral de las mujeres en estado de embarazo ha sido ampliamente desarrollada por numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) (artículo 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 20 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-075 del 24 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

<sup>25</sup> Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron parcialmente retomadas de las Sentencias T-583 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-400 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-206 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Así mismo, se tuvieron en cuenta varias decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, como las Sentencias C-470 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada) y C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva en la cual la Magistrada ponente salvó el voto.

<sup>26</sup> Estos criterios han sido reiterados en varias decisiones de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las Sentencias SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada y C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>27</sup> En relación con este fundamento normativo, es pertinente señalar que la jurisprudencia constitucional ha destacado que esta protección también se deriva de instrumentos internacionales. “Así, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**, por sus siglas en inglés, señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario” (Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada).

<sup>28</sup> “**Artículo 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviese desempleada o desamparada. El estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

<sup>29</sup> Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>30</sup> Ver, entre otras, Sentencias T-221 de 2007 (Humberto Antonio Sierra Porto), T-159 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo), y T-088 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>31</sup> Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión, la Corte indicó que “sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral”.

<sup>32</sup> **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.



Culturales (PIDESC) (artículos 2° y 6°), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– (artículos 4° y 6°) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículo 11). Así mismo, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son un referente especialmente relevante en materia de igualdad y no discriminación de las mujeres en el empleo<sup>33</sup>.

(iii) **La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida** se erige también en un sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, como lo ha reiterado este Tribunal<sup>34</sup>. Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad.

De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación, para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida<sup>35</sup>. Con todo, no puede perderse de vista que, como fue establecido en la **Sentencia C-355 de 2006**, “a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”<sup>36</sup>.

Así mismo, la **Sentencia SU-070 de 2013** señaló que “la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”<sup>37</sup>.

Además, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente<sup>38</sup>. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también **la protección de la maternidad**, es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia<sup>39</sup>.

(iv) Por último, **la relevancia de la familia en el orden constitucional** es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> En materia de igualdad en el ámbito laboral entre hombres y mujeres, conviene resaltar, entre otros, los Convenios 3, 111, 156 y 183 y la Recomendación 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El Convenio 183 prohíbe enfáticamente “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”.

<sup>34</sup> Ver, entre otras, las Sentencias C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); SU-070 de 2013. (M.P. Alexei Julio Estrada); C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-694 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>35</sup> Sentencia C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería. “Ahora bien, dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición”.

<sup>36</sup> Sentencia C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería “Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta”.

<sup>37</sup> Sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>38</sup> Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>39</sup> Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>40</sup> Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



12. En consecuencia, los fundamentos constitucionales a los cuales se ha aludido cimientan la especial protección que deben recibir las mujeres durante la gestación y la lactancia la cual, en el ámbito laboral, se materializa en el fuero de maternidad, entre otras garantías. No obstante, es preciso resaltar que los cuatro principios que sustentan la garantía del fuero de maternidad se encuentran relacionados de forma inescindible y **se han estructurado históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo**<sup>41</sup>.

En efecto, la garantía de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo o en el periodo de lactancia constituye una acción afirmativa en favor de aquellas que responde a la desventaja que afrontan, pues deben soportar los mayores costos de la reproducción y de la maternidad, los cuales tradicionalmente son asumidos únicamente por las mujeres.

Además, estas deben ausentarse temporalmente de su cargo para ejercer la maternidad, especialmente las primeras labores de cuidado de los niños recién nacidos. Ello, a su turno, representa un desincentivo para el empleador, pues la contratación de mujeres que ejerzan ambos roles simultáneamente (el de trabajadora y el reproductivo) se ha percibido por algunos como un detrimento del objetivo productivo y eficiente de una empresa. Por tanto, el ejercicio del rol reproductivo implica una desventaja para las mujeres en el mercado laboral.

13. Así, con el propósito de equilibrar las condiciones laborales entre hombres y mujeres y evitar la discriminación de aquellas, se profirió la Ley 53 de 1938<sup>42</sup>, que fue la primera norma en Colombia en establecer la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, al prohibir su despido por dicho motivo<sup>43</sup>. Su objetivo era contrarrestar la desventaja en la que se encontraban las mujeres que eran despedidas por su estado de gravidez, el cual era visto en ese entonces como una incapacidad para llevar a cabo sus labores y como un costo para los empleadores, ya que las trabajadoras debían ausentarse del empleo para atender el parto. Lo anterior, generaba una inestabilidad laboral que ponía a la mujer en situación de indefensión en razón de los costos de la reproducción<sup>44</sup>.

Posteriormente, los Decretos 1632 de 1938 y 2350 de 1938 establecieron, respectivamente: (i) la obligación de solicitar el permiso de un inspector de trabajo para despedir a una mujer embarazada; y, (ii) en caso de no obtener dicha autorización, la presunción de que el despido se había dado por causa del embarazo. Consecutivamente, el Decreto 2663 de 1950 codificó estas disposiciones en un solo cuerpo normativo y esencialmente fueron reproducidas en el Código Sustantivo del Trabajo (en adelante, CST)<sup>45</sup>.

14. A continuación, el artículo 8° de la Ley 73 de 1966 determinó la nulidad del despido que el empleador efectúe durante la licencia de maternidad sin el cumplimiento de los requisitos legales. Por su parte, la Ley 50 de 1990, que también modificó el artículo 239 del CST, aumentó el periodo de licencia de maternidad a 12 semanas, extendió las protecciones para la madre y el padre adoptantes que no tuvieran esposa o compañera permanente y amplió el número de semanas de indemnización de despido por embarazo<sup>46</sup>.

Luego, la Ley 1468 de 2011 reformó las normas del CST en relación con el despido de la mujer embarazada, al añadir el derecho a disfrutar del pago de las 14 semanas de descanso remunerado si la mujer no ha disfrutado su licencia de maternidad, con ciertas

<sup>41</sup> Las consideraciones que se exponen a continuación fueron parcialmente retomadas a partir de la Sentencia T-583 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>42</sup> Reglamentada por los Decretos 1632 de 1938, 2350 de 1938 y 953 de 1939.

<sup>43</sup> Ley 53 de 1938, Artículo 2. "No podrá despedirse de su oficio a ninguna persona empleada u obrera, por motivos de embarazo o lactancia y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado".

<sup>44</sup> Ramírez Bustamante, Natalia, *¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo: Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo 1938-2008*, 2008.

<sup>45</sup> El Código Sustantivo del Trabajo compila los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

<sup>46</sup> Ley 50 de 1990, artículo 35 que modifica el artículo 239 del CST. "3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".



extensiones en casos de hijos prematuros o partos múltiples<sup>47</sup> y, además, se introdujeron modificaciones en la sanción, de acuerdo con el tipo de contrato.

Recientemente, la Ley 1822 de 2017 extendió la licencia de maternidad a 18 semanas y puntualizó que el despido de la mujer gestante o lactante debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo. Igualmente, precisó algunas nociones en relación con el derecho a disfrutar del pago de la licencia de maternidad, pero mantuvo en esencia la regulación prevista anteriormente<sup>48</sup>.

15. Por último, es pertinente resaltar que esta Corporación, en sede de control abstracto de constitucionalidad, ha proferido dos decisiones particularmente relevantes sobre esta materia.

Por una parte, mediante la Sentencia C-470 de 1997<sup>49</sup>, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 239 del CST en el entendido de que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe justa causa probada para el despido<sup>50</sup>. Por otra, a través de la Sentencia C-005 de 2017<sup>51</sup> se condicionó la constitucionalidad de los numerales 1º del artículo 239 y 1º del artículo 240 del CST. En este caso, se extendió la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo al trabajador que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel<sup>52</sup>.

16. Como se evidencia a partir del anterior recuento normativo, la estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de gestación es una respuesta a la discriminación histórica que han afrontado las mujeres en el ámbito laboral, quienes fueron y aún son despedidas por causa del embarazo. Así, en razón de la situación de desventaja histórica a la que ha sido sometida la mujer trabajadora –el despido en razón del embarazo–<sup>53</sup>, el fuero de maternidad se encamina a potenciar su estabilidad en el trabajo y su posibilidad de permanecer en la fuerza laboral cuando ejerce su rol reproductivo.

(...)

## 2.5. Conclusiones

49. La protección especial de las mujeres gestantes y lactantes en materia laboral se fundamenta en los siguientes mandatos constitucionales: (i) el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad; (ii) la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo; (iii) la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida; y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional.

No obstante, es indispensable resaltar que dicha salvaguarda se ha estructurado históricamente **a partir de la protección del derecho a la igualdad de las mujeres en el ámbito del trabajo**. Por tal motivo, el fuero de maternidad se erige en una medida destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el ámbito laboral con fundamento en su rol reproductivo. Luego, es claro que el sustento principal de esta protección se relaciona con estos dos aspectos, a saber: la condición de mujer y su acceso y permanencia en el trabajo, más allá de la protección a la vida y la relevancia de la familia en el orden constitucional.

<sup>47</sup> Ley 1468 de 2011, artículo 4º que adiciona un numeral al artículo 239 del CST. “4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

<sup>48</sup> Ley 1822 de 2017, artículo 2 que modifica el artículo 239 del CST en los siguientes apartes: Adiciona al numeral primero “1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.” y “4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

<sup>49</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>50</sup> Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>51</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>52</sup> Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>53</sup> Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



50. En razón de lo anterior, el Legislador ha previsto varios mecanismos de protección de la mujer embarazada y promoción de la igualdad de las trabajadoras. De este modo, los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo —en conjunto con las decisiones de constitucionalidad que los han interpretado— constituyen la regulación legal principal del fuero de maternidad.

51. La **Sentencia SU-070 de 2013** unificó la jurisprudencia en relación con la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada. En dicha providencia, la Corte Constitucional estableció dos reglas principales:

(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo **procede cuando se demuestre**, sin ninguna otra exigencia adicional<sup>54</sup>:

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;

(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante el **alcance de la protección**, se debe determinar a partir de dos factores:

(a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador y;

(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada<sup>55</sup>.

52. A partir de estas dos pautas normativas, la referida Sentencia de unificación presentó las hipótesis que pueden configurarse, en función de la modalidad de la relación laboral pactada y del conocimiento que tenga el empleador de la condición de gestante de la trabajadora. Dichos supuestos pueden resumirse de la siguiente forma:

**Cuadro No. 1 – Situaciones en las cuales las consecuencias jurídicas dependen del conocimiento del empleador**

Modalidad	Conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo	Falta de conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo
<b>Contrato a término indefinido</b>	<b>1. Protección integral.</b> Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.	<b>1.</b> Si el empleador <u>adujo justa causa</u> , tiene lugar una <b>protección débil</b> <sup>56</sup> . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.
		<b>2.</b> Si el empleador <u>no adujo justa causa</u> , tiene lugar, como mínimo, una <b>protección intermedia</b> . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, <b>debe</b> ordenarse el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

<sup>54</sup> Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada; Sentencia T-1000 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>55</sup> Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>56</sup> La discusión sobre la justa causa debe presentarse ante el juez ordinario.



Modalidad	Conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo	Falta de conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo
Contrato a término fijo	<p>1. Si la desvinculación ocurre <u>antes del vencimiento del plazo pactado</u> y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una <b>protección integral</b>. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.</p>	<p>1. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y <u>no se adujo justa causa</u>, tiene lugar una <b>protección intermedia</b>. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, el reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, <b>puede</b> ordenar el pago de indemnizaciones por despido sin justa causa.</p>
	<p>2. Si la desvinculación ocurre <u>una vez vencido el contrato</u> y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudir al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una <b>protección intermedia</b><sup>57</sup>.</p>	<p>2. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y <u>se alega una justa causa distinta al cumplimiento del plazo pactado</u>, tiene lugar una <b>protección débil</b>. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.</p> <p>3. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y <u>se alega como justa causa dicha circunstancia</u>, tiene lugar una <b>protección intermedia</b>. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Tampoco se reconoce el pago de salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato pactado ya había terminado.</p>
Contrato por obra o labor	<p>1. Si la desvinculación ocurre <u>antes de la terminación de la obra o labor contratada</u> y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una <b>protección integral</b>. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.</p>	<p>1. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y <u>no se adujo justa causa</u>, tiene lugar una <b>protección intermedia</b>. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen.</p>
	<p>2. Si la desvinculación ocurre <u>una vez vencido el contrato</u> y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudir al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una <b>protección intermedia</b><sup>58</sup>.</p>	<p>2. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y <u>se alega una justa causa distinta a la culminación de la labor pactada</u>, tiene lugar una <b>protección débil</b><sup>59</sup>. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó,</p>

<sup>57</sup> Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 desarrolló la citada regla en los siguientes términos: “Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T.”.

<sup>58</sup> Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 desarrolló la citada regla en los siguientes términos: “Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”.

<sup>59</sup> La discusión sobre la justa causa debe presentarse ante el juez ordinario.



<b>Modalidad</b>	<b>Conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo</b>	<b>Falta de conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo</b>
		<p>como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.</p> <p><b>3. Si la desvinculación ocurre una vez culminada la obra y se alega dicha circunstancia como justa causa tiene lugar una <b>protección intermedia</b>. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen.</b></p>
<b>Cargos de libre nombramiento y remoción</b>	<b>1. Protección integral.</b> Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.	<b>1. Protección débil.</b> Se debe ordenar el pago de las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

<b>Cuadro No. 2 - Situaciones especiales que no dependen del conocimiento del empleador</b>	
<b>Cooperativas de trabajo asociado</b>	Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada, según el caso.
<b>Empresas de servicios temporales</b>	Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término fijo o por obra o labor contratada, según el caso.
<b>Contrato de prestación de servicios (cuando encubre relación laboral)</b>	Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término fijo.

(...)"

## IX. CASO EN CONCRETO

Su génesis se remonta al escrito presentado por la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, quien instaura acción de tutela en contra del señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la cafetería "El Zaguán" de San Gil, por la presunta vulneración de sus Derechos Fundamentales a la Estabilidad Laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social, vida, integridad personal, dignidad humana e igualdad, argumentando que fue empleada por el accionado desde el 02 de febrero hogaño para laborar en la cafetería El Zaguán, ubicada en la calle 13 N° 10 – 35 de municipio de San Gil, desempeñándose como ayudante de cocina y oficios varios, con una asignación salarial de treinta mil pesos Mcte. (\$30.000) diarios, y que durante su vínculo laboral nunca estuvo afiliada a ninguna EPS.

La libelista asegura que mediante resultado N° 045 del 16 de marzo de 2022, prueba de sangre, se enteró que se encontraba en estado de embarazo, situación que puso en conocimiento de su empleador el 18 de abril siguiente, aduciendo que por ello fue despedida de forma inmediata y sin justa causa, lo que motivó que acudiera a este mecanismo sumario en aras de que se protejan sus derechos y se ordene al accionado su reintegro al trabajo con todas las garantías de ley.

Por su parte, el accionado ELIECER RAMÍREZ APARICIO, manifiesta inicialmente que la forma de vinculación de la accionante fue por turnos, dependiendo de las



necesidades del servicio, especialmente los fines de semana, viernes, sábado y domingo, desde el 02 de febrero de 2022, y que por la volatilidad de la contratación y ser esporádicos los días en que se presentaba a laborar, no estuvo vinculada al sistema de seguridad social, habiendo ella misma manifestado que se hallaba vinculada al régimen subsidiado, y que, contrario a lo afirmado por la libelista, desde el día 17 de abril del presente año, luego de haberle comentado sobre su estado de gravidez, terminado su turno laboral, se retiró de su lugar de trabajo y a partir de dicho momento no regresó, sin dar explicación alguna, remitiéndole con posterioridad a su celular, un audio en el que le informaba que había acudido a la oficina de trabajo, desde donde lo llamarían para lo pertinente.

Sostiene que recibió con sorpresa la notificación de la demanda de tutela, máxime cuando ella no se había presentado a laborar, advirtiendo que sólo hasta el momento de su traslado fue que conoció el resultado de la prueba de embarazo de la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, notando que en él no se avizora fecha de realización y si se trata de la misma persona que solicita el amparo.

Empero, con miras a solucionar el libelo presentado, informa que su intención es emplearla mediante un contrato a término fijo por 14 meses contados a partir del momento en que le comunicó sobre su embarazo, con todas las garantías en seguridad social integral, para lo cual la citó el 04 de mayo del corriente año a suscribir el contrato y comenzar a trabajar, pero la accionante le manifestó que no podía dado que se hallaba en unos exámenes y consultas médicas, y que además debía consultar con su abogado, acotando que no puede coaccionarla para tal efecto. Para soportar su dicho adjunta copia del respectivo contrato propuesto para su firma por la accionante.

Con base en la respuesta obtenida por el accionado, se corrió traslado de la misma a la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ, para que se pronunciara sobre el particular, quien remitió memorial por vía correo electrónico recibido el 05 de mayo hodierno, mediante el cual, entre otros aspectos manifiesta que cuando le informó a su empleador sobre su estado de embarazo, éste la despidió expresándole que no la podía tener en su puesto debido a tal circunstancia, pues ello era un problema para él, ofreciéndole como indemnización la suma de trescientos mil pesos (\$300.000). Adicionó que había acudido a la Oficina de trabajo en busca de asesoría, considerando que debido a su estado no podía quedarse desempleada, pues es madre cabeza de hogar con dos hijos, informándole que de allí lo llamarían para lo pertinente.

Comenta que el accionado se comunicó con ella para informarle que se presentara en su establecimiento para firmar un contrato por 14 meses comenzando el 4 de mayo de 2022, manifestando su desacuerdo, ya que su contrato verbal había iniciado desde el 2 de febrero, además no tenía conocimiento de los términos y condiciones de este nuevo contrato, aduciendo que no se presentó a firmarlo, pues aprovechó que se hallaba cesante, para sacar el tiempo necesario en aras de acudir a citas y controles prenatales, compromisos con los cuales no contó su accionado y le notifica del contrato de un día para otro, y remata su misiva diciendo que en ningún momento quiso dejar su trabajo ya que realmente lo necesita.

En lo que atañe al sub juez, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA, corroboró que efectivamente la accionante se encuentra en el país de forma regularizada, conforme a las exigencias legales establecidas para tal fin, contando con permiso temporal de protección, lo que le permite la posibilidad de ser contratada normalmente para laborar con todas las garantías sobre seguridad social integral y recibir los beneficios que el Estado Colombiano ha dispuesto para la población migrante venezolana.

De otro lado, La INSPECCIÓN DE TRABAJO DE SAN GIL, informó que ese organismo no recibió ninguna solicitud de autorización para desvinculación de la trabajadora aquí accionante, y que siendo de su competencia, en caso de que se acuda a ese organismo, estará dispuesta a adelantar las diligencias que correspondan conforme a



lo que se le solicite, sin que ello signifique desbordar el ámbito de cuestiones sometidas a su conocimiento, ni interferir en funciones que le son propias a los jueces naturales resolver.

Ahora bien, para dilucidar el quid de este asunto, teniendo en cuenta lo anterior y el aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, este Juzgado considera que para resolver el asunto que nos convoca deberá analizarse el requisito de subsidiariedad como mecanismo transitorio para la procedencia de la presente acción y la posible afectación a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, a partir de lo plasmado en la Sentencia de Unificación SU-075 de 2018, emanada de la Corte Constitucional, que se trajo a colación como hermenéutica jurídica. Veamos:

### SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

La acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el particular la Corte Constitucional ha establecido reglas que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar éste mecanismo, las cuales consagró en la Sentencia T-040 de 2016, al afirmar:

“(…)

3.1.1. Recientemente, en la Sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del principio de subsidiariedad. En este pronunciamiento la Corte concluyó que este requisito hace referencia a dos reglas: (i) regla de exclusión de procedencia y (ii) regla de procedencia transitoria.

3.1.1.1. La primera implica declarar la improcedencia de la acción cuando en el ordenamiento está previsto un medio judicial idóneo y eficaz<sup>60</sup> para defenderse de una agresión iusfundamental. Al respecto la Corte considera que:

“El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela<sup>61</sup>; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance<sup>62</sup>; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de

<sup>60</sup> La Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. Ver, entre otras, las sentencias T-580 de 2006 Magistrado ponente Manuel José Cepeda, T-972 de 2005 Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, T-068 de 2006 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil y SU-961 de 1999 Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>61</sup> Ver las sentencias T-068 de 2006 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, T-822 de 2002 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, T-384 de 1998 Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, y T-414 de 1992 Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

<sup>62</sup> *Ibidem*.



*especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.”<sup>63</sup>*

*De comprobarse que el medio judicial alternativo no es idóneo ni eficaz, el juez de tutela será competente para adoptar decisiones definitivas respecto de la cuestión sometida a su examen.*

3.1.1.2. *La segunda, contiene la excepción de la regla general y procede cuando, a pesar de existir tales medios judiciales la acción de tutela es procedente transitoriamente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable:*

*“La Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado<sup>64</sup>.*

*Al respecto, la Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que<sup>65</sup>: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que “su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas”<sup>66</sup>, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente<sup>67</sup>. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño es inevitable.”<sup>68</sup>*

*Es decir, ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo y eficaz donde el ciudadano tenga la posibilidad de plantear la controversia, el interesado deberá demostrar cómo, en su caso, es completamente necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable<sup>69</sup>, situación que de aprobarse por el juez hará procedente la acción de tutela como instrumento transitorio de amparo.*

*(...).”*

En el caso objeto de estudio, este Juzgado encuentra probado que la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ: (i) se desempeñaba como Ayudante de cocina y oficios varios en la Cafetería El Zaguán, cuyo propietario es el accionado ELICER RAMÍREZ APARICIO, desde el 02 de febrero de 2022, por contrato verbal de trabajo, sin haber sido afiliada a las garantías de seguridad social integral correspondiente; (ii) actualmente se halla en estado de gestación; (iii) carece de otras fuentes de recursos económicos para asegurar su propia subsistencia y la de su familia, pues no cuenta con empleo o relación contractual vigente, con pensión ni rentas de otra naturaleza; y (iv) finalmente le es absolutamente indispensable estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud para poder efectuar sus controles médicos prenatales y preservar la salud y vida suya y del nasciturus en condiciones dignas.

En tales circunstancias, la acción de tutela es el mecanismo eficaz de protección transitoria de sus derechos, toda vez que la peticionaria es una persona que por su estado de gravidez es sujeto de especial protección constitucional, por lo que se hace entonces indispensable tomar acciones urgentes e impostergables para evitar un perjuicio sobre el mínimo vital, la vida, la igualdad de la actora, que sería una consecuencia grave y, por sus condiciones existenciales, inminente, lo cual constituye el estado de debilidad manifiesta que

<sup>63</sup> Ver las sentencias T-656 de 2006 Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, T-435 de 2006 Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003.

<sup>64</sup> T-043/07, T-1068/00.

<sup>65</sup> Ver sentencias T-494 de 2006, SU-544 de 2001, T-142 de 1998 y T-225 de 1993.

<sup>66</sup> Ver sentencia T-456 de 2004

<sup>67</sup> Ver sentencia T-234 de 1994

<sup>68</sup> Ver Sentencia T-211 de 2009.

<sup>69</sup> Ver Sentencia T-225 de 1993.



asegura en protección el principio constitucional. En consecuencia, esta instancia constitucional pasará a pronunciarse sobre las cuestiones pretendidas en la demanda de tutela.

## EN LO RELACIONADO CON LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO

Con miras a desatar acertadamente este tema, debe considerarse que la situación que generó el descontento de la actora, así como la presunta vulneración de sus derechos por parte del accionado, deviene como resultado de su estado de gravidez, lo que al tenor de las reglas establecidas por la H. Corte Constitucional en la Sentencia citada como precedente jurisprudencial, permite deducir que se está frente a una vulneración flagrante de su Estabilidad laboral reforzada, hallándose demostrado, de conformidad con lo manifestado por las partes en conflicto, que existió una relación laboral o de prestación entre ellos, que efectivamente la accionante está en estado de embarazo acorde con la prueba sumaria allegada al contradictorio, el empleador fue informado debidamente sobre tal situación y la libelista contaba con una alternativa laboral vinculante con el accionado, lo que resulta evidente, no sólo por las afirmaciones de la accionante, sino por la respuesta emitida de parte del accionado, donde además de corroborar ese vínculo, en aras de dar una acertada solución al conflicto, propone emplearla mediante un contrato a término fijo por 14 meses, como ya se ha esbozado con antelación, salvo que la accionante no ha convenido en suscribirlo como ella misma lo confiesa en su misiva, tras el traslado que se le hiciera de la propuesta de su empleador, y así mismo lo comunica éste último en el escrito presentado el 11 de mayo de 2022.

En el caso que nos ocupa, debemos advertir que si bien es cierto fue allegado por parte del accionado dentro del material probatorio la propuesta de contrato laboral que el señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO le hiciera a la hoy accionante GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, pero que a pesar de haberla citado para suscribirlo y comenzar a trabajar, la libelista ha hecho caso omiso al respecto, también lo es que con su actitud pretende corregir un posible acto de discriminación, lo cual genera un cuestionamiento acerca de la motivación que sustentó su desvinculación, máxime cuando el empleador fue enterado del estado de gravidez actual de la accionante, pero que aun así, y sin ninguna otra contemplación decidió prescindir de sus servicios de manera unilateral, ni mucho menos vislumbrar que hubiera considerado actuar de conformidad con los preceptos que para estos casos contempla la Ley o los principios constitucionales respecto del grupo poblacional sujeto de especial protección constitucional en la cual gravita la accionante; lo cual nos lleva a concluir que al menos sumariamente no se encuentra desvirtuado que la finalización del contrato no se hubiera dado por razones del estado de embarazo de la accionante, obligando a esta Instancia a propender transitoriamente por el amparo del derecho constitucional de la accionante.

Consecuente con lo anterior, y unido a la duda que se presenta en cuanto al motivo real de la desvinculación de la accionante, máxime cuando se produce con posterioridad a la comunicación de su estado de embarazo a su empleador, para lo cual nunca se dio la presencia y/o acompañamiento de la Inspección de Trabajo, ni existió el concepto o aprobación que como autoridad administrativa debe expedir para legalizar la desvinculación de la empleada, situación que deberá ser objeto de debate ante el Juez Natural; es claro para el estudio constitucional que nos ocupa en procura de la protección de Derechos Fundamentales en forma transitoria, que este Estrado concluya que la estabilidad laboral reforzada significa que la promotora de esta acción tenía entonces derecho fundamental a no ser desvinculada sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo, que en efecto no fue acreditada por el accionado; lo que denota una conducta discriminatoria, o desconocedora del debido proceso administrativo que debe observarse en estos casos, sin que sea óbice la naturaleza del contrato y mucho menos la exteriorización de la voluntad del sujeto de especial protección constitucional, cuando a todas luces se observa debió intervenir el Inspector de Trabajo de la Localidad; razón por la que deberá declararse la ineficacia del acto de terminación del contrato, y el consecuente



reintegro a su lugar de trabajo, advirtiendo que se trata de una medida PROVISIONAL mientras la tutelante, si así lo considera conveniente, acude a la Justicia ordinaria donde deberá ahondarse en la controversia y decidir de fondo sobre el particular.

Para reforzar lo anterior, como estamos en presencia de un caso en el que la trabajadora goza de estabilidad laboral reforzada por el fuero de maternidad, la jurisprudencia constitucional, en la sentencia de unificación 075 de 2018 que hemos citado, y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de esa misma corporación, ha aclarado las circunstancias en las que se debe dar aplicación al amparo de tal derecho, encontrando, entonces, que la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ está inmersa en el grupo poblacional que goza de especial protección constitucional, y por tanto, es dable otorgar la protección constitucional del derecho a la Estabilidad Laboral reforzada en tales términos, esto es, como ya se mencionó en párrafos anteriores, opera el reintegro a sus labores, ya que otras circunstancias y/o controversias, deberán ser ventiladas ante el juez natural correspondiente.

Por lo anterior, al encuadrarse el presente asunto en las hipótesis y posibilidades de resguardo constitucional, resulta procedente la demanda de tutela frente al señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería El Zaguán de San Gil, para la cual prestaba sus servicios la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, no sin antes advertir que se trata de una **medida provisional** entre tanto la accionada acude a la autoridad jurisdiccional correspondiente (dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta decisión), toda vez que existen una serie de sucesos que deben ser probados, debatidos y aclarados ante el Juez Ordinario Competente, haciendo uso de los rituales procesales, procedimentales diseñados y establecidos para este tipo de controversias.

Ahora bien, advirtiendo que el amparo aquí contemplado es de aspecto constitucional, con carácter residual, subsidiario y transitorio, sin soslayar la competencia jurisdiccional que le atañe al Juez Natural laboral, y habida cuenta de la vinculación que se hiciera en este trámite de la **INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE SAN GIL**; se conminará a este Organismo para que dentro del marco de sus competencias y atribuciones, active las funciones de FISCALIZACIÓN LABORAL RIGUROSA y demás acciones administrativas que sean del caso en salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados a la acá accionante.

Como colofón, se desvinculará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA.

\*\*\*\*\*

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR DE MANERA TRANSITORIA los Derechos al Trabajo, a la Estabilidad Laboral Reforzada por el fuero de maternidad, Seguridad Social y Vida en condiciones dignas, solicitados por la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, identificada con la Cédula de Extranjería número 19.421.342 de Venezuela, y permiso de protección temporal número 5081241 expedido por Migración Colombia en Bogotá, D.C., en contra del señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, conforme el precedente Constitucional y las demás razones previstas en el decurso del presente proveído.



SEGUNDO. ORDENAR al señor ELIECER RAMÍREZ APARICIO, propietario y Representante Legal de la Cafetería “El Zaguán” de San Gil, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia proceda a REINTEGRAR a su labores en dicho establecimiento a la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, identificada con la Cédula de Extranjería número 19.421.342 de Venezuela, y permiso de protección temporal número 5081241 expedido por Migración Colombia en Bogotá, D.C., con todas las garantías legales de carácter laboral y de seguridad social integral.

PARÁGRAFO. ADVERTIR a la señora GÉNESIS GUADALUPE MÁRQUEZ MÁRQUEZ, que los efectos de esta sentencia se mantendrán únicamente mientras la autoridad judicial competente decida en forma definitiva sobre su solicitud; por lo cual, si lo considera pertinente y necesario, debe interponer la demanda correspondiente, si no lo ha hecho todavía, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que sea notificada de esta providencia. Si vence este plazo sin que se promueva la acción judicial a que haya lugar, expirarán los efectos de esta decisión.

TERCERO. CONMINAR a la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE SAN GIL para que dentro del marco de sus competencias y atribuciones de FISCALIZACIÓN LABORAL RIGUROSA, tramite las acciones administrativas que sean del caso en salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados, de conformidad con la parte considerativa del presente proveído.

CUARTO. DESVINCULAR de la presente acción a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA.

QUINTO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

SEXTO. Contra esta decisión procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SÉPTIMO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

OCTAVO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOVENO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES  
JUEZ

CDBJ/Cjrv.